

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 90,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 28,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LX, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2007

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



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): 007-07-048-4
NIPO (M. de Justicia): 051-07-003-4
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1997

El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RESUMEN

El autor había defendido, con anterioridad a la nueva LEC, que los acreedores, conforme a lo que se dispone por el artículo 1082 CC, no tienen la facultad de oponerse a que los herederos realicen el acto mismo de partición de herencia, sino exclusivamente la de oponerse a que cualquier partición –realizada o por realizar– se lleve a efecto en tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos; y, asimismo, había defendido que esta facultad sustantiva se correspondía procesalmente con las facultades que la LEC de 1881 confería a esos acreedores para promover el llamado juicio de testamentaría. En el presente trabajo se defiende que es ahora el mismo texto de la LEC el que relaciona directamente la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC con las facultades procesales que a los acreedores hereditarios confiere la LEC; y que es, también, el texto de esta Ley el que distingue, al regular el ejercicio procesal de la facultad sustantiva, entre la perfección del acto de partición de herencia que, por sí, es ya plenamente vinculante para los coherederos, y el que el acto de partición definitivamente aprobado sea llevado o no a efecto. También en el presente estudio se expone el régimen del ejercicio procesal de la facultad que otorga el artículo 1082 CC y se proponen soluciones para las múltiples, graves y difíciles cuestiones de interpretación.

A salvo las disposiciones especiales, este régimen sustantivo y procesal es igualmente aplicable, según el autor, a los acreedores de los patrimonios colectivos cuando se produzca causa por la que entren en liquidación (cfr. arts. 392 y 406 CC), como se confirma por el mismo ordenamiento para determinados tipos de patrimonios separados colectivos (patrimonio de la sociedad civil sin personalidad, patrimonio de las sociedades conyugales).

SUMARIO: I. *La facultad que confiere a los acreedores del causante el artículo 1082 CC:* A. Indicaciones generales. B. El acto de partición de herencia y la oposición de los acreedores hereditarios «a que se lleve

a efecto».-II. *Naturaleza y régimen común de los procedimientos especiales en que los acreedores hereditarios pueden ejercitar la facultad que les confiere el artículo 1082 CC*: A. Procedimientos especiales en que los acreedores hereditarios pueden ejercitar esta facultad: 1. La posición de la doctrina. 2. Nuestra posición. B. Notas comunes de los dos tipos de procedimiento: 1. En los dos se ejercita la misma facultad sustantiva. 2. Naturaleza de estos procedimientos: a) Naturaleza procesal. b) Carácter de proceso universal. C. Presupuestos procesales comunes: 1. Órgano competente. 2. Acreedores hereditarios legitimados. 3. La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto objeto del procedimiento.-III. *Las actuaciones procesales correspondientes al ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC dentro del procedimiento de división de la herencia*: A. Notas características. B. Presupuestos especiales: 1. La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto nuevo objeto de un procedimiento ya entablado. 2. Casos en que es posible el ejercicio de la facultad dentro del procedimiento de división de herencia. C. Régimen de la tramitación por cuanto hace a los acreedores hereditarios: 1. Si los acreedores hereditarios han de ser citados necesariamente a fin de que se constituyan en parte o si, al menos, los coherederos pueden provocar su «intervención». 2. La «intervención» de los acreedores hereditarios en el procedimiento. 3. Tramitación ulterior. D. Eficacia de la aprobación definitiva respecto de los acreedores hereditarios: 1. La cosa juzgada. 2. La suspensión de efectos de la partición: a) Indicación general. b) Significación sustantiva de la suspensión. La suspensión de la entrega de los bienes adjudicados. E. ¿Cabe la terminación del procedimiento por el solo acuerdo de los coherederos y legatarios de parte alícuota?.-IV. *Las actuaciones procesales correspondientes al ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC fuera del procedimiento de división de herencia*: A. Notas características. B. Presupuestos especiales: 1. La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto objeto del procedimiento. 2. Casos en que es posible el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC en el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario. a) Posiciones de la doctrina. b) Nuestra posición. C. Régimen de la tramitación por cuanto hace a los acreedores hereditarios. D. Eficacia de la intervención del caudal hereditario: 1. Eficacia procesal. 2. Eficacia sustantiva.-V. *Aplicabilidad de la facultad que el artículo 1082 CC confiere a los acreedores hereditarios, a quienes sean acreedores de cualesquiera otros patrimonios colectivos en liquidación*: A. Régimen general de la liquidación-partición de los patrimonios separados colectivos. B. Régimen de la liquidación-partición del patrimonio de la sociedad civil disuelta. C. Régimen de la liquidación-partición del patrimonio de la sociedad de gananciales disuelta: 1. Reglas del Código civil. 2. Reglas generales y especiales de la LEC. 3. Alcance de las reglas especiales de la LEC. 4. Régimen procesal para el caso de disolución del régimen económico matrimonial por la muerte de un cónyuge.

I. LA FACULTAD QUE CONFIERE A LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE EL ARTÍCULO 1082 CC

A. INDICACIONES GENERALES

Dispone el artículo 1082 CC: «Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». El precepto se está refiriendo a quienes eran acreedores en las deudas del causante y que, tras su muerte, persisten comprendidas en su herencia (cfr. art. 659 CC) como *deudas hereditarias* (cfr. la rúbrica de la Sección del Código de la que el art. 1082 es el primero de los artículos).

No repetiremos los detalles de la discusión doctrinal sobre el significado de este precepto. Nos interesa destacar ahora sólo que, para una buena parte de la doctrina, la facultad que confiere se caracteriza por estas dos notas (no siempre compartidas, las dos, por los mismos autores):

1.^a Los acreedores tienen la facultad de oponerse a que los coherederos lleven a cabo el acto mismo de partición, y carecen de esa facultad si nunca hubo indivisión o si ya está hecha la partición.

2.^a Se trata de una facultad distinta de las que la LEC de 1881 les confería en relación con el llamado juicio de testamentaría.

Nosotros nos opusimos a esta doctrina¹. Y hemos defendido, con anterioridad a la nueva LEC, que, por el contrario, son características de esta facultad las siguientes:

1.^a Los acreedores, conforme a lo que se dispone por el artículo 1082 CC, no tienen la facultad de oponerse a que los herederos realicen el acto mismo de partición de herencia, sino exclusivamente la de oponerse a que cualquier partición –realizada o por realizar– *se lleve a efecto* en tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos.

2.^a Esta facultad sustantiva se corresponde procesalmente con las facultades que la LEC de 1881 confería a esos acreedores para promover el llamado juicio de testamentaría.

Pues bien, creemos que después de la nueva LEC persiste y se reafirma esa correspondencia entre la regulación procesal y la facultad que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC. Las facultades que a los acreedores hereditarios confiere la vigen-

¹ Cfr. sobre la discusión doctrinal, M. PEÑA, *La herencia y las deudas del causante* (1.^a-1967, 2.^a-2006), § 159.

te LEC en la regulación de los dos procedimientos especiales sobre *división de la herencia* constituyen simples manifestaciones procesales de una única facultad sustantiva, la que les confiere el artículo 1082 CC.

El nuevo régimen procesal sigue, simplificada, las líneas fundamentales que regían el antiguo juicio de testamentaría. Ahora bien, el criterio de regular por piezas este juicio universal y la deficiente economía de textos han producido una cierta *deconstrucción* formal (deconstrucción del lenguaje tradicional) del régimen unitario del juicio de testamentaría y algunas perplejidades. Puede, sin embargo, afirmarse que, en sus líneas fundamentales, persiste el sistema normativo tradicional. Y, además, ahora es el mismo texto de la LEC el que relaciona directamente la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC con las facultades procesales que a los acreedores hereditarios confiere la LEC; y es, también, el texto de la Ley el que distingue, al regular el ejercicio procesal de la facultad sustantiva, entre la perfección del acto de partición de herencia que, por sí, es ya plenamente vinculante para los coherederos, y el que el acto de partición definitivamente aprobado sea llevado o no a efecto.

B. EL ACTO DE PARTICIÓN DE HERENCIA Y LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS «A QUE SE LLEVE A EFECTO»

Como hemos defendido en otra ocasión², el patrimonio del causante persiste siempre individualizado, no obstante la muerte del titular y demás vicisitudes de su titularidad, hasta la total extinción de las deudas del causante. Los acreedores siguen teniendo frente al patrimonio las mismas posibilidades de acción que cuando el causante vivía. Y, además, y por el hecho de haber muerto el deudor, los acreedores del causante adquieren, entre otros poderes especiales, la facultad que les confiere el artículo 1082 CC. Por razón de esta facultad, nuestro Derecho viene a considerar, como *cointeressados en la partición-liquidación del patrimonio hereditario*, de una parte a los coherederos y, de otra parte, a los acreedores hereditarios. Pero los respectivos intereses corresponden a planos diferentes.

A los herederos, por efecto de la *sucesión*, corresponde la *titularidad en propiedad* del patrimonio personal del causante, ahora en liquidación. De ser varios los herederos la *titularidad en propiedad* pertenecerá a todos ellos en común. Y mediante la partición, y las consiguientes adjudicaciones, la cuota que cada heredero tiene

² Cfr. M. PEÑA, *La herencia*; especialmente, en *Conclusiones-II-c*.

en la cotitularidad de los bienes hereditarios es sustituida por la titularidad exclusiva sobre un lote de bienes hereditarios concretos. De este modo, quedan *determinados* los bienes que cada heredero ha adquirido «por sucesión», en *exclusividad*, desde la muerte del causante (cfr. arts. 609 y 1068 CC).

Los acreedores hereditarios, como tales, nunca tienen, en las operaciones de partición, la misma posición que, como parte, tienen los herederos, ni pueden oponerse a que éstos, en la esfera de los intereses que entre sí comparten, realicen las adjudicaciones como tengan por conveniente. El ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC va a tener como efectos que, como ocurría cuando los acreedores hereditarios promovían el antiguo juicio de testamentaría, el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la especial *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y la sujeción a la administración prevista en la legislación procesal, y que, correlativamente, quede en suspenso la efectividad de la partición y la consiguiente entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar los acreedores hereditarios completamente pagados o garantizados.

Extinguidos los créditos o prestado su afianzamiento, quedará satisfecho el interés de los acreedores hereditarios a que atendía el artículo 1082 CC y levantado, por tanto, el obstáculo que impedía la plena efectividad de la partición hecha y, en general, de las *titularidades en propiedad* que correspondan por la sucesión. Los actos de gestión o disposición que hubiere realizado, por sí solo, el adjudicatario sobre los bienes adjudicados quedarán convalidados por *convalescencia*. Quedará a salvo, naturalmente, la validez de los actos realizados por quienes como administradores del caudal hereditario tenían las facultades de gestión y disposición.

II. NATURALEZA Y RÉGIMEN COMÚN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN QUE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS PUEDEN EJERCITAR LA FACULTAD QUE LES CONFIERE EL ARTÍCULO 1082 CC

A. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN QUE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS PUEDEN EJERCITAR ESTA FACULTAD

No cabe duda de que los acreedores hereditarios pueden ejercitar la facultad conferida por el artículo 1082 CC dentro del *proce-*

dimiento promovido por los coherederos para conseguir la división de la herencia (cfr. arts. 782.4, 792.2 y 796.3 LEC). Lo que, en cambio, se ha cuestionado es si el ejercicio procesal de esta facultad es sólo posible en este procedimiento. Pues, aunque para que los acreedores hereditarios puedan pedir *la intervención del caudal hereditario* no se exige en el artículo 792.2 LEC que esté ya entablado el procedimiento divisorio, del ap. 3.º del artículo 796 LEC, que es el ap. que se corresponde con el artículo 792.2 que les legitima para esa petición, parecería deducirse que para pedir la intervención del caudal hereditario tiene que estar ya en tramitación el procedimiento *de partición de herencia* y formularse en él por los acreedores hereditarios la *oposición* a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

1. La posición de la doctrina

- a) *Autores que defienden la necesidad de que se encuentre previamente en tramitación el procedimiento especial de división de herencia*³.

Aunque en esta cuestión no es insólita una cierta indefinición⁴, parece que se inclinan en favor de la tesis enunciada: Sancho Garga-

³ Algunos civilistas ni siquiera lo plantean como cuestión al tratar sobre la repercusión procesal del artículo 1082 CC. Tanto DIEZ PICAZO (L) y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, IV., 8.ª ed., Madrid, 2001, p. 519, como ALBALADEJO, en *Curso de Derecho Civil, Sucesiones*, 8.º ed., 2004, p. 137, se limitan a referirse a los artículos 782.4 y 788.3 LEC y no al artículo 792.2 y concordantes LEC. RAMS ALBENSA, se refiere al artículo 782.4 (en la revisión y puesta al día de *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ y otros, V, 2.ª ed., Madrid, 2004, p. 87).

⁴ En relación con el artículo 796.3 LEC, expone MOUTÓN REDONDO (*Derecho jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, 14.ª ed., de MONTERO AROCA y otros, Valencia, 2005, p. 769) que «la protección de los acreedores, su presencia en el *procedimiento* en las condiciones que hemos señalado, impedirá el cese de la intervención, a no ser que se hubiere producido el pago o afianzamiento de su crédito». Sólo habrá de incluirse este autor, entre quienes defienden que el ejercicio de la facultad de oposición a que se lleve a efecto la partición sólo es posible si está entablado el procedimiento de división de la herencia, si el *procedimiento* aludido por el autor es el *procedimiento de división judicial de la herencia* a que se refiere el ap. 2 anterior del artículo 796 LEC.

Según CORTÉS DOMÍNGUEZ (*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, de CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, Madrid, 2000), al comentar el artículo 796 (V., p. 136), «no cabrá cesar la intervención judicial si los acreedores legitimados, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 792.2, se oponen a la división de la herencia hasta tanto no se pague o afiance el importe de sus créditos». Ninguna otra luz hemos encontrado sobre el artículo 796.3 en la obra de CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte especial*, Valencia, 2004.

ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal civil. Parte segunda*, Valencia, 2001, p. 250), al exponer el *procedimiento de división hereditaria*, expresa que «los acreedores no pueden instar la división de la herencia, si bien conservan determinadas posibilidades establecidas en el artículo 792. Los acreedores reconocidos en el testamento como tales sí pueden oponerse a la partición en tanto se les pague o afiance el importe de su deuda».

llo⁵, Crespo Allúe⁶, Banacloche⁷, Montes Reyes⁸, Gimeno Sendra⁹, Corbal Fernández¹⁰.

⁵ SANCHO GARGALLO, al comentar el artículo 792 (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y otros, Barcelona, 2000, pp. 3715 y 3716), parte de que, aunque la Ley «niega a los acreedores de la herencia el derecho de pedir la partición *judicial*», reconoce a (determinados) acreedores hereditarios «el derecho de oponerse a que se lleve a efecto la partición mientras no se les pague el importe de sus créditos... (art. 782.3 y 4 LEC)». Son estos mismos acreedores «los que pueden, a su vez, pedir la intervención *judicial*» y «aunque la Ley no lo diga expresamente, podrán pedirlo al tiempo de hacer valer su oposición a que se lleve a efecto la partición mientras no se les pague los créditos o se asegure su satisfacción». Después SANCHO GARGALLO, al comentar el artículo 796 LEC (p. 3734), sostiene que, en todo caso –es decir, aunque *durante la sustanciación del procedimiento de división judicial* los herederos acuerden la cesación de la intervención *judicial*– la Ley reconoce a esos acreedores hereditarios «el derecho a hacer efectiva su oposición a que se lleve a efecto la partición mientras no se les pague o afiance el importe de sus créditos, impidiendo la extinción de la intervención *judicial*». SANCHO GARGALLO y BRIONES JURADO (*El juicio sucesorio*, Barcelona, 2002, pp. 107 ss.) insisten en estas ideas y precisan que «aunque hubiere concluido la partición *judicial*, los acreedores de la herencia mencionados en el artículo 782.4.º podrán impedir que concluya la intervención *judicial* mientras no se les pague o afiance el importe de sus créditos».

⁶ Para CRESPO ALLÚE (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por LORCA NAVARRETE y coordinados por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 2000, tomo IV, art. 792, p. 4293), a los acreedores «se les reconoce el derecho a solicitar la intervención *judicial* (art. 792.2 LEC) y a oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 782.4 LEC)». Doctrina que completa después el mismo autor, al comentar el artículo 796 y bajo el epígrafe especial *Cesación durante el juicio divisorio* (IV, p. 4323), sosteniendo que, «aunque los únicos que podrán solicitar la cesación de la intervención *judicial* son exclusivamente los herederos, en cuanto destinatarios últimos de los bienes hereditarios, sin embargo en la herencia pueden ostentar intereses otras personas que pueden resultar perjudicadas si cesan las medidas de aseguramiento. Entre tales personas enuncia el precepto a los acreedores que se hubieren opuesto a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les afiance el importe de sus créditos, quienes impedirán la cesación hasta que se produzca el pago o el afianzamiento de sus deudas».

⁷ Según BANACLOCHE, al comentar el artículo 792 LEC (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de A. de la OLIVA y otros, Madrid, 2001, p. 1335), los acreedores del causante (que la Ley señala) pueden «pedir la intervención de los bienes de la herencia *en todo tipo de procesos*». Después, dicho autor, al comentar el artículo 796 no se refiere a otra hipótesis de cesación de la intervención *judicial* del patrimonio hereditario promovida por los acreedores que a la hipótesis de que los acreedores, en los casos de *división judicial de la herencia*, «hayan pedido el mantenimiento de la intervención hasta que se proceda a la satisfacción de sus correspondientes créditos» (p. 1339).

⁸ MONTES REYES (*División judicial de patrimonios*, Madrid, 2000), al clasificar en tres los supuestos en que procede la intervención del caudal hereditario, incluye el caso previsto en el artículo 792.2 LEC dentro de las hipótesis de intervención *judicial durante la división de la herencia* (p. 122). Y, «si existen acreedores que se hayan opuesto a la partición de la herencia», la intervención no cesará «hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos» (p. 127).

⁹ GIMENO SENDRA (*Derecho procesal civil, II, Los procesos especiales*, Madrid, 2005), aunque se manifiesta en términos poco definidos, parece seguir también la posición de los que sostienen que ha de estar entablado el *procedimiento de división de herencia*. Al tratar sobre el régimen de este *procedimiento* manifiesta: «Los acreedores del causante, de modo diferente a como sucedía en la LEC de 1881 para el juicio voluntario de testamentaría, no podrán instar la división de la herencia... Ello no obstante, tendrán la posibilidad de pedir la intervención del caudal hereditario... (art. 792.2 LEC), y oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 782.4 LEC)» (p. 325). Después, al exponer el régimen de la cesación de la intervención del caudal hereditario realizada, conforme al artículo 792.2 LEC, a solicitud de los acreedores del causante, se limita a decir que «estos acreedores pueden oponerse a que cese dicha intervención hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (796.3 LEC)» (p. 332).

¹⁰ CORBAL FERNÁNDEZ, al comentar el artículo 1082 CC (*Comentarios del Código Civil*, coordinados por SIERRA GIL DE LA CUESTA, V., 2.ª ed., Barcelona, 2006, pp. 911

En favor de esta tesis hay razones de peso, aún no expresadas por la doctrina, que explican, asimismo, muchas de las indecisiones de los autores que defienden tesis más abiertas¹¹. La razón más fuerte se desprende del artículo 796 LEC. Como los términos *oposición a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se pague o afiance el importe de sus créditos*, empleados en el artículo 782.4, se emplean idénticos en el artículo 796.3 LEC, parecería que el intérprete habría de darles el mismo significado *procesal*. En ambos casos, se partiría de que los términos empleados responden –porque de interpretar la LEC se trata– a lo que en la técnica procesal se llama *oposición*. Así como la *pretensión* constituye contenido propio de la *demandas*, la *oposición* constituye contenido propio de la *contestación*, bien sea formulada por los demandados (cfr. art. 405.1 LEC), bien lo sea por los intervinientes (cfr. arts. 13 y 14 LEC). En el régimen legal de los procesos, *oposición* y *contestación* son, pues, conceptos que presuponen que el proceso está ya iniciado. Nos parece, sin embargo, por las razones que se dirán, que, aunque no esté entablado el procedimiento especial *para la división de herencia*, los acreedores hereditarios podrán, también, ejercitar la facultad que les confiere el artículo 1082 CC y precisamente mediante el procedimiento especial de *intervención del caudal hereditario*.

- b) *Autores que sostienen que, aunque no se encuentre en tramitación el procedimiento especial de división de herencia, los acreedores hereditarios pueden ejercitar la facultad de exigir la intervención judicial del caudal*

Aceptan, con mayor o menor amplitud y por unas u otras razones, que es posible ejercitar la facultad de pedir la intervención judicial del caudal hereditario sin que esté entablado procedimiento especial de división de herencia De Miranda Vázquez y Cordón Moreno¹²,

y 912), estima que «este precepto se reproduce en el artículo 782.4 LEC 2000». Y sólo trata de la facultad que a los acreedores hereditarios confieren los artículos 792.2 y 793.3.4.º LEC entre las facultades que corresponden a los acreedores «comparecidos en el juicio divisorio».

¹¹ También nosotros, en el *Epílogo* de la 2.ª ed. de nuestra obra *La herencia y las deudas del causante*, entendíamos, al referirnos a la nueva LEC, que la facultad que a los acreedores confiere el artículo 1082 CC sólo podría ejercitarse, de no poder hacerse dentro del procedimiento especial de división de herencia, a través del juicio declarativo que corresponda.

¹² En el comentario al artículo 792.2 (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por CORDÓN MORENO y otros, Navarra, 2001, vol. II, p. 862), DE MIRANDA VÁZQUEZ observa que son los acreedores a que se refiere este precepto «los que pueden oponerse, dentro del procedimiento de división judicial de la herencia, a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 782.4); dentro de él podrán solicitar medidas de intervención y si las mismas hubieren sido ya acordadas, no cesarán hasta que aquel pago o afianzamiento se lleve a cabo (cfr. art. 796.3). Pero la Ley no limita (a) este supuesto la posibilidad de solicitar la intervención; la misma podrá pedirse incluso antes de la aceptación de la herencia». Y más adelante, CORDÓN MORENO y DE

Pedraz Penalva y Cabezudo Rodríguez¹³, Pérez-Cruz¹⁴, De la Oliva Santos, Díez-Picazo (Ignacio) y Vegas Torres¹⁵. También se sigue esta dirección en los *Comentarios al Código Civil* coordinados por Bercovitz¹⁶.

MIRANDA VÁZQUEZ, al comentar el artículo 796 (vol. II, p. 871), precisan que al amparo del artículo 792.2 los acreedores, con la finalidad de asegurar los bienes, podrán pedir la intervención, también, después de producirse la aceptación de la herencia y aunque no se plantee... el procedimiento de división judicial. Y en este caso «habrá que entender que la intervención *subsiste también hasta que se les pague y afiance sus créditos*».

¹³ Según PEDRAZ PENALVA y CABEZUDO RODRÍGUEZ (*Proceso civil práctico*, dirigido por GIMENO SENDRA, IX, Madrid, 2005), puesto en relación el artículo 792.2 «con lo previsto en los artículos 782 y 796.3, la trascendencia del derecho reconocido a los acreedores llega al punto de poder instar la intervención judicial incluso aunque haya un único heredero o la herencia ya se haya partido, esto es, aun cuando fuera innecesario el procedimiento divisorio o efectuada la partición, voluntaria o judicialmente, siempre y cuando no sea efectiva la *traditio* de los bienes a los herederos» (p. 746). Después, sin embargo, explican estos autores el artículo 796.3 (p. 752), como excepción a la regla de que la intervención del caudal hereditario cesará si lo piden los herederos, de común acuerdo, *durante la sustanciación del procedimiento de división judicial de la herencia*. Esta excepción «debe ponerse en relación con la facultad que ostentan» algunos acreedores «para instar la intervención judicial (art. 792.2) y en orden a participar en el procedimiento divisorio (art. 782.4 y 5), comporta el mantenimiento de la intervención judicial hasta que no se les pague o afiance el importe de sus créditos, siempre y cuando estuvieren personados en el procedimiento para la división del caudal relicto».

¹⁴ PÉREZ-CRUZ (*La intervención del caudal hereditario*, en *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales*, de VVAA, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2004) parece seguir una posición análoga a la de PEDRAZ PENALVA y CABEZUDO RODRÍGUEZ. Admite, como éstos, que podrá instarse por los acreedores la intervención judicial aunque no exista procedimiento de división de herencia (p. 461). Con esta intervención judicial, la posición de los acreedores se ve singularmente reforzada «al facultárseles a que, cuando se hubieren opuesto a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos puedan oponerse a la cesación de la intervención en tanto no se produzca el pago o el afianzamiento de sus créditos (art. 796.3 LEC), aun cuando se hubiere terminado el *procedimiento divisorio* con la aprobación definitiva de la partición o por acuerdo de los herederos» (p. 492). Parece suponer, pues, que la *oposición* a la partición a que se refiere el artículo 796.3 LEC se ha de producir dentro del *procedimiento divisorio*.

¹⁵ También para DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO (Ignacio) y VEGAS TORRES (*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2.ª ed., Madrid, 2002), los acreedores del causante pueden solicitar la intervención del caudal hereditario antes de promoverse el proceso de división judicial de la herencia (p. 502). Pero también estos autores sólo refieren la oposición a la partición a que se refiere el artículo 796.3 LEC a la oposición que se produce «estando la herencia intervenida y sujeta a administración durante el procedimiento de división» (p. 503).

¹⁶ En los *Comentarios al Código Civil* coordinados por BERCOVITZ, al comentarse el artículo 1082 CC (*Comentarios al Código Civil* coordinados por BERCOVITZ (Rodrigo), 2001, p. 1246) se acepta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 792 LEC, los acreedores del causante pueden solicitar la intervención del caudal hereditario fuera del proceso de división judicial de la herencia y esta intervención judicial no cesará «hasta que no se pague o afiance a los acreedores que se hubieren opuesto a la partición (art. 796.3 LEC)». La facultad que el artículo 792 LEC concede a los acreedores hereditarios para instar la intervención judicial del caudal hereditario está relacionada, para el comentarista, con otra facultad, la de oponerse a que se lleve a efecto la partición. Al parecer, esta otra facultad es, para el comentarista, independiente de la anterior. Cuando se precisa qué acreedores están legitimados para el ejercicio de la facultad de oponerse, no se invoca lo dispuesto en el artículo 792.2 LEC, sino lo dispuesto en el mismo artículo 1082 CC y en el artículo 782.4 LEC. El ejercicio de esta facultad de oponerse es posible, según el comentarista, mientras no se haya realizado la partición o «en cualquier momento antes de la entrega de los bienes a los herederos y legatarios (consumación de la partición), a tenor de lo dispuesto en el

Estimamos que los autores citados aciertan cuando señalan que existen casos en que los acreedores hereditarios, al amparo del artículo 792.2, podrán pedir la intervención judicial del caudal hereditario, sin necesidad de que esté entablado el procedimiento de división judicial. Ahora bien, no es infrecuente que, con unos u otros matices, la posición de dichos autores adolezca –al fijar la propia posición, al dar las razones o al delimitar los supuestos en que los acreedores hereditarios pueden ejercitar la facultad de pedir la intervención judicial del caudal hereditario fuera del procedimiento especial de división de herencia– de una cierta vaguedad o de alguna inconsecuencia con las propias posiciones o con las exigencias del sistema.

En particular, no dan, a nuestro entender, explicación suficiente del artículo 796.3 LEC. Es frecuente que estos autores partan de que el artículo 796 LEC (que es el precepto que regula *la cesación de la intervención judicial de la herencia*), cuando se refiere a la intervención pedida por los acreedores hereditarios, viene a distinguir entre dos hipótesis: si está o no planteado el *procedimiento de división judicial de la herencia*. El precepto sólo daría solución para una de las hipótesis: cuando hay *oposición* por los acreedores «dentro del procedimiento de división judicial de la herencia». Y, para esa hipótesis, el citado precepto expresamente establece que las medidas de intervención *no cesarán hasta que el pago o el afianzamiento de los créditos se lleve a cabo* (cfr. art. 796.3). Pero después, no se encuentra sentido, en relación con la cesación de las medidas, a esa *distinción legal*, ya que viene a estimarse que las medidas de intervención judicial promovidas por los acreedores hereditarios sin estar planteado el procedimiento de división judicial de la herencia *igualmente* subsistirán «también hasta que se les pague y afiance sus créditos». Esta doctrina parte, por tanto, de que la Ley hace distinciones legales inútiles.

2. Nuestra posición

Estimamos que la facultad sustantiva que el artículo 1082 CC confiere a los acreedores hereditarios podrá ser ejercitada procesalmente, bien dentro del *procedimiento de división judicial de la herencia* entablado por los coherederos, bien, si no está entablado este procedimiento, en el *procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario*.

artículo 782.4 LEC, disposición que ha de ser completada con lo dispuesto en el artículo 788.3 LEC». Cabe el ejercicio de estas facultades aunque se trate de partición encomendada a contador partidor. En cambio, no cabe, según el comentarista, «cuando la partición es realizada por el testador».

El artículo 792.2 LEC, que es el que determina qué acreedores hereditarios están legitimados para pedir la *intervención judicial del caudal hereditario*, no exige, para el ejercicio de esta facultad, que esté en tramitación el *procedimiento de división de herencia*. Pues bien, tampoco puede entenderse que lo exija el artículo 796.3 LEC. Este precepto no tiene por cometido agregar nuevos requisitos procesales para el ejercicio de la facultad. No sería el artículo 796 LEC, que es el precepto dedicado a regular la *cesación* de la intervención judicial de la herencia, lugar oportuno para hacerlo. Nos parece que la referencia que hace el artículo 796.3 LEC a la *oposición* a que se lleve a efecto la partición de la herencia tiene una finalidad distinta de la de expresar el contenido posible de una *contestación* a la pretensión que constituya el objeto de un proceso divisorio ya entablado.

En la norma contenida en el artículo 796.3 LEC puede distinguirse, como en toda norma jurídica, el *supuesto de hecho* y la *consecuencia jurídica*. Se establece en el precepto, como única *consecuencia jurídica*, que «no se acordará la *cesación* da la intervención hasta que se produzca el pago o el afianzamiento» de los créditos. El resto de este ap. 3 del artículo 796 se dedica sólo a precisar el *supuesto de hecho* de la norma, es decir, a precisar a cuál de los casos posibles de *intervención judicial del caudal hereditario* se refiere el régimen especial de *cesación* contenido en ese ap. 3. Y sin duda la norma se refiere a la hipótesis de *intervención judicial del caudal hereditario* promovida por los acreedores hereditarios (comp. el art. 796 con el 792). Pero para identificar la hipótesis, en lugar de emplear esta expresión, se emplea otra que resulta *sustantivamente* equivalente: «Si hubiera *acreedores reconocidos* en el testamento o por los coherederos o con derecho documentado en un título ejecutivo, *que se hubieran opuesto a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*». En esta expresión la LEC no está precisamente exigiendo que esté iniciado por los herederos un *juicio de división de herencia* y que en él los acreedores hayan formalizado la *oposición* referida. Está sólo evocando la misma expresión empleada en el artículo 1082 CC, según el cual «los *acreedores reconocidos* como tales podrán *oponerse a que se lleve a efecto la partición* (hecha o por hacer) *de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*». Y es que, no estando entablado el juicio de división de la herencia, el ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad de instar la intervención judicial del caudal hereditario significa ya, por sí, que los acreedores hereditarios han ejercitado la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 de

oponerse «a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se pague o afiance el importe de sus créditos».

Esta interpretación es la que más se ajusta al *sistema sustantivo* a que la nueva Ley procesal había de atenerse por ser el que estaba en vigor cuando la nueva Ley procesal se promulga. Es decir, es la interpretación que más se ajusta al sistema que resultaba del artículo 1082 CC y de las disposiciones con él concordantes, y, especialmente de las disposiciones de la LH y del RH sobre anotación del derecho hereditario a solicitud de los acreedores hereditarios, y de las disposiciones contenidas en la antigua LEC de 1881. La LEC de 1881, al regular el juicio de testamentaría había recogido una larga tradición que, partiendo del tradicional principio castellano *antes es pagar que heredar*, había tenido antes concreción legislativa análoga en distintos textos y, en particular, y por cierto de manera más clara, en la LEC de 1855¹⁷. Recuérdese que, conforme a

¹⁷ En la práctica que llega hasta la primera mitad del siglo XIX, «intervenia el juez en el caudal del que había fallecido» por diferentes motivos y, entre ellos, con el fin de que la autoridad judicial diera la «debida protección» a los acreedores del finado «para que no sean burlados por los herederos» (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, pp. 102 y 103).

El *Proyecto de Código Civil* de 1836, de AYUSO, TAPIA y VIZMANOS, contiene reglas que son claros antecedentes del artículo 1082 CC y de los preceptos concordantes de las tres Leyes de Enjuiciamiento Civil que ha tenido España. Entre ellos están los siguientes: «Los acreedores apoyados en documentos fehacientes de su derecho podrán reclamar la *intervención e inventario* judicial...; mas deberán omitirse tales diligencias cuando los herederos aseguren suficientemente el pago de los créditos» (cfr. art. 2401) (el precepto proyectado se refiere a la *intervención judicial del caudal de la herencia*: comp. con art. 2400). «Los acreedores a la herencia por cualquier título podrán reclamar que la *liquidación* se practique con su conocimiento e intervención, a no ser que los herederos aseguren suficientemente el pago de todos los créditos» (cfr. art. 2416) (el precepto proyectado se encuentra en el capítulo sobre la *liquidación general de la testamentaría y el pago de las deudas hereditarias*). «Cualquier acreedor cuyo crédito fuere líquido e incontrovertible tiene derecho para pedir se *suspenda* la partición de la herencia mientras no se hallare completamente reintegrado» (cfr. art. 2417 Proyecto de 1836). El citado Proyecto también contiene, ya, reglas que señalan que sea competente para la *testamentaría* «el Juez del último domicilio»; y si lo hubiere «tenido fuera del Reino» o no hubiere tenido domicilio fijo, «el del distrito en que se hallare situada la mayor parte de sus bienes» (cfr. arts. 2391 y 2392).

La Comisión General de Códigos, que también tenía ya el encargo de redactar un *Código Procesal*, al redactar el *Proyecto de Código Civil de 1851*, recoge simplificada-mente, en lo más sustantivo, la doctrina contenida en el *Proyecto de Código Civil* de 1836. Y lo hace en términos, casi idénticos, con que esta doctrina pasará al actual artículo 1082 CC: «Los acreedores hereditarios reconocidos como tales pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance» (cfr. art. 913 del *Proyecto de 1851*; cfr., también, el art. 931).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 –contemporánea, pues, de estos proyectos de Código civil– dedica al régimen procesal de las facultades conferidas a los acreedores hereditarios los artículos 376, 407-409, 498 y 499. Entre los casos en que, según el artículo 407, el juicio de testamentaría será *juicio de testamentaría necesario*, se incluye el juicio de testamentaría promovido a solicitud de uno o varios acreedores. El artículo 499 contiene, para el *juicio necesario de testamentaría*, reglas de especial rigor en beneficio de «los acreedores que hayan promovido el juicio». Entre estas reglas, sobresalen las que, en conjunción con otros preceptos de la misma Ley, ordenan que todos los bienes hereditarios sean constituidos siempre en depósito y que queden sometidos a un especial régimen de

la LEC de 1881, el juicio de testamentaría (el proceso en el que los distintos cointerésados en la partición-liquidación del patrimonio hereditario podían conseguir la satisfacción de los respectivos intereses) podía ser promovido directamente por los acreedores hereditarios (es decir, sin que estuviera antes promovido por los coherederos o legatarios de parte alícuota), y ello ya equivalía a pedir la intervención del patrimonio (cfr. arts. 1068, 1069 y concordantes LEC de 1881) e impedir que se hiciera entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar los acreedores completamente pagados o suficientemente garantizados (cfr. art. 1093 LEC de 1881). El Código civil, casi contemporáneo de la LEC de 1881, al dar cobertura *sustantiva* a esta tradición legislativa en el artículo 1082, vino a hacer de este artículo el centro del sistema tradicional acogido por la Ley procesal. El ejercicio de la facultad que la LEC de 1881 confiere a los acreedores hereditarios para promover el juicio de testamentaría pasaba a ser el ejercicio procesal de la facultad sustantiva de oponerse que les confiere el artículo 1082 CC. Como ya sostuvimos en otra ocasión, una misma facultad de los acreedores hereditarios «se manifiesta en sus dos caras –sustantiva y procesal– en la facultad concedida por el artículo 1082 CC y en la de promover el juicio de testamentaría»¹⁸.

Pues bien, la comparación de los preceptos que la LEC de 2000 dedica a la división de herencia con los textos vigentes cuando esta LEC entra en vigor permite afirmar que la nueva LEC ha sido respetuosa con el sistema que ya estaba vigente. Y respetuosa tanto con las normas del Código civil como con aquellas normas de la LEC de 1881 que prevenían que, a petición de los acreedores hereditarios, y se hubiera o no pedido por los herederos la división judicial de la herencia, quedara sujeto el caudal hereditario a especiales medidas de cautela y administración que impedirían la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios en tanto los acreedores hereditarios no estuvieran completamente pagados o garantizados a su satisfacción.

Lo que ocurre es que la nueva LEC ha desdoblado la regulación del antiguo juicio *único* de testamentaría en dos procedimientos, el procedimiento para la división de la herencia y el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario, según cuál sea la pretensión que inicia las actuaciones (la de división de la herencia o la

administración y disposición. Y, además, esta otra regla de particular interés: «que no se proceda en ningún caso a hacer entrega de todos o parte de los bienes a ninguno de los interesados en el caudal, sin estar reintegrados o garantizados a su satisfacción los créditos de los acreedores que hayan promovido el juicio».

¹⁸ Cfr. M. PEÑA, *La herencia*, al final, *Conclusiones fundamentales*, II.c).

de intervención del caudal). Ciertamente el desdoblamiento de procedimientos va a determinar que los acreedores hereditarios que ejercitan la referida facultad sustantiva tendrán una *distinta posición procesal* según cuál sea, de los dos, el procedimiento en que la ejerciten. En el procedimiento de división de herencia no pueden ser promotores los acreedores hereditarios (cfr. arts. 782.4 y 788.3 LEC); tampoco en el sistema anterior podían los acreedores hereditarios ejercitar en el juicio de testamentaría una facultad, la de pedir la división, que era propia de los herederos y legatarios de parte alícuota. En cambio, en el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario, los acreedores hereditarios sí pueden ser los promotores (cfr. art. 792.2 LEC), como ocurría, también, en la LEC de 1881. Pero las líneas fundamentales del sistema anterior se conservan en la nueva LEC. Procesalmente, porque las correlativas actuaciones de uno y otro procedimiento, como conservan su antigua naturaleza de juicios *universales*, siguen estando igualmente avocadas a la tramitación conjunta. Sustantivamente, porque los acreedores hereditarios cuando intervienen en uno u otro procedimiento para conseguir la satisfacción de su interés en la seguridad de sus créditos, están ejercitando la misma facultad sustantiva. Son los mismos textos legales de la nueva LEC, sobre uno y otro procedimiento, los que evocan directamente que en ambos casos se trata del ejercicio de la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC, aunque no citando el número de este artículo, sino reproduciendo, en lo fundamental, sus propios *términos literales* (comp. el art. 1082 CC con los arts. 782.4 y 792.2 y 796.3 LEC 2000).

De estimarse, en cambio, que los acreedores sólo podrían instar la intervención judicial del caudal hereditario dentro del procedimiento especial de división de herencia promovido por los coherederos o legatarios de parte alícuota, el ámbito de la aplicación del artículo 792.2 habría resultado enormemente reducido. Los acreedores hereditarios quedarían desprovistos de la protección que les confiere este precepto en la mayor parte de los casos: en todos los casos en que no llegue a entablarse el procedimiento de división de la herencia porque los herederos o legatarios de parte alícuota (es decir, los que *sufren* las deudas del causante) no puedan o no quieran promoverlo. La estrechez de los resultados de la interpretación pondría a la nueva LEC en grave discordancia con la tradición legislativa española y con el *sistema sustantivo* que estaba vigente cuando la nueva LEC entra en vigor.

Obsérvese, finalmente, que los términos del artículo 793.3.4.º de la LEC vigente parecen confirmar que el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario en el que sean parte los

acreedores hereditarios puede concurrir o no concurrir con el procedimiento de división de la herencia.

B. NOTAS COMUNES DE LOS DOS TIPOS DE PROCEDIMIENTO

1. En los dos se ejercita la misma facultad sustantiva

Como acabamos de decir, la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC puede ejercitarse, bien en el *procedimiento de división judicial de la herencia*, bien, fuera de él, en el *procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario*. No se trata de dos procedimientos puestos por la Ley para que los acreedores libremente opten por uno u otro. El que puedan seguir el primero de ellos depende de circunstancias ajenas a su voluntad y al conflicto de intereses a que atiende la Ley.

Por todo ello, el que la misma facultad sustantiva se ejercite en uno u otro procedimiento sólo habrá de dar paso a simples *variantes procesales* (como explicaremos después respecto de cada uno de los dos procedimientos). Y, en cambio, los *efectos sustantivos* que produce el ejercicio en uno u otro procedimiento —el que, en garantía de los créditos, la partición de la herencia, realizada o por realizar, no se lleve a efecto— habrán de ser iguales: ni mayores ni menores ni distintos, ya que en el régimen de uno y otro procedimiento está presente una identidad de *ratio* sustantiva. Si los acreedores ejercitan la facultad dentro del procedimiento de división de herencia, las reglas que establecen para este procedimiento los efectos sustantivos del ejercicio de esta facultad se completan con las que se establecen para la intervención judicial del caudal hereditario. Viceversa, si los acreedores ejercitan la facultad en el procedimiento de intervención judicial, las reglas que establecen para este procedimiento los efectos sustantivos de la intervención judicial se completan —si es que la partición se había producido ya entre los coherederos o si después llega a producirse judicial o extrajudicialmente— con las que se establecen para el procedimiento de división de herencia. De este modo, el ejercicio procesal por los acreedores hereditarios de la facultad *sustantiva* que les confiere el artículo 1082 CC seguirá teniendo, *sustantivamente*, el mismo alcance que tradicionalmente tenía cuando se ejercitaba en el antiguo juicio de testamentaría (cfr. lo dicho en A-2).

De los dos procedimientos especiales, el de *intervención judicial del caudal hereditario* es el procedimiento *generalmente* apli-

cable, es decir, *el de las hipótesis generales* y, además, el único que puede ser promovido directamente por los mismos acreedores hereditarios. En cambio, el ejercicio procesal de la citada facultad sustantiva en el *procedimiento de división judicial de la herencia* sólo es posible, como ya hemos dicho, en las menguadas hipótesis en que sea posible este procedimiento y, además, sólo si llega a promoverse por alguna de las personas legitimadas, entre las que no se encuentran los acreedores hereditarios. De ello cabe deducir que, para los acreedores hereditarios, el *procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario* es, lógicamente, el procedimiento ordinariamente aplicable. Por esto deberíamos, quizás, haber optado por exponer el régimen procesal del ejercicio de la facultad sustantiva en este procedimiento *antes* que el régimen en el *procedimiento de división judicial de la herencia*. Hemos optado, sin embargo, por exponer, en primer lugar, los presupuestos procesales comunes de los dos procedimientos, y después el régimen especial de uno y otro por el orden que sigue la LEC.

2. Naturaleza de estos procedimientos

a) *Naturaleza procesal*

Acertadamente la nueva LEC confirma expresamente esta naturaleza procesal. Uno y otro procedimiento están regulados dentro del Libro IV, el dedicado a los *procesos especiales*. Contra una opinión doctrinal muy generalizada que estimaba que, en general, las actuaciones procedimentales integrantes del antiguo juicio de testamentaría eran, más bien, actuaciones de jurisdicción voluntaria, sostuvimos ya, antes de la nueva LEC¹⁹, que tienen naturaleza procesal. Se trata, en efecto, de actuaciones de los órganos judiciales en el ejercicio de la función constitucional de prestar tutela efectiva a cualquier persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 CE), encaminadas a dar satisfacción a pretensiones con *enfrentamiento* de partes.

b) *Carácter de proceso universal*

La nueva LEC, como la LEC de 1881, considera que los procedimientos relativos a la división de la herencia –en los que están incluidas las actuaciones relativas a las pretensiones de los acreedores hereditarios– tienen carácter de *procesos universales* (cfr.

¹⁹ Cfr. M. PEÑA, *La herencia*, § 163.

arts. 23.2.2.º y 98 LEC de 2000). Se trata de *procesos universales* por una doble razón:

1.^a Se trata de procedimientos que tienen por objeto pretensiones que afectan a una *universitas*, al *patrimonio* que deja la persona al fallecer (cfr. art. 659 CC). La nueva LEC los incardina dentro del título dedicado a la división judicial de *patrimonios* y, más particularmente, dentro del capítulo dedicado a la división de *la herencia*.

También la facultad sustantiva que ejercitan en el procedimiento los acreedores hereditarios afecta al conjunto de los *bienes hereditarios*. Pero habrá que hacer excepción con los bienes hereditarios que hubieren sido enajenados (vendidos, dados en pago, etc.) por los herederos (o por quienes por ellos ejerciten legalmente la facultad de disponer), pues, por sí solo, la existencia de deudas no menoscaba las facultades de disposición del titular o titulares del patrimonio (a salvo las acciones rescisorias que procedan, de ser el acto dispositivo realizado perjudicial para los acreedores). Precisamente por esto, tratándose de bienes inmuebles y haya uno o varios herederos, los acreedores hereditarios «cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos» (cfr. art. 146.4.º RH) pueden, como *personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaría* (cfr. art. 46 LH)²⁰, pedir anotación preventiva del derecho que tienen en relación con la partición-liquidación de la herencia. Con este asiento registral, los acreedores hereditarios en cuyo favor se practica la anotación preventiva consiguen que, a pesar de la enajenación a terceros, los bienes hereditarios queden igualmente sujetos al ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC. Parece que, respecto de este ejercicio, el adquirente de la finca, que es enajenada cuando ya está gravada con la anotación preventiva, tendrá la posición procesal que tendría el que resulte adquirente de bienes hereditarios por ser el *cesionario* de la participación hereditaria que al heredero enajenante corresponda en el total patrimonio hereditario.

2.^a En la doctrina tradicional se decía, también, que el juicio de testamentaría era *juicio universal* porque, potencialmente, no se trata en él de una sola cuestión, «sino de cuantas acciones puede haber en pro y en contra del finado, y de la participación que por su voluntad o por disposición de la ley deben tener en sus bienes las personas llamadas a sucederle» (Gómez de la Serna). Es, pues,

²⁰ La expresión *personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaría* debe entenderse hoy como *personas que tienen derecho a promover cualquiera de los dos procedimientos relativos a «la división de la herencia»*.

también característica «la *atracción* que estos procesos ejercen sobre los singulares» (De la Plaza)²¹.

También hoy, el procedimiento promovido por cualquiera de los cointerésados en el patrimonio hereditario en liquidación atrae hacia sí, como el antiguo juicio de testamentaría, las nuevas actuaciones procesales que tengan por objeto las sucesivas pretensiones relativas a la liquidación-partición de la herencia. No todos los interesados, en relación con estas pretensiones, están enfrentados, unos con otros, en un mismo plano de intereses que les obligue a situarse siempre a tener, respecto de todas las pretensiones, bien la condición de demandante, bien la de demandado, en dualidad fija de partes. Quienes tienen el mismo interés en un plano, pueden, en otro plano diverso, aparecer como enfrentados. En correspondencia a los distintos planos de intereses hay una superposición de pretensiones y de correlativas actuaciones procesales, en cada una de las cuales los interesados adoptan posiciones de parte distintas. Así respecto de la pretensión de partir, el coheredero se opone a todos los demás coherederos, pero, a la vez, todos los coherederos participan del mismo interés respecto de la pretensión que los acreedores hereditarios formulen en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC.

El proceso universal no tiene siempre la misma complejidad. Ello dependerá del número de cuestiones que las partes quieran plantear en él. Habrá, por tanto, casos en que el proceso universal transcurra con la máxima simplicidad. Además, el proceso universal se irá simplificando a medida que las cuestiones que son objeto de las distintas actuaciones vayan quedando resueltas.

Por cuanto hace a las pretensiones de coherederos y acreedores hereditarios, nos interesa destacar:

Si el procedimiento inicialmente entablado es el *procedimiento de división de la herencia*, promovido por los coherederos o legatarios de parte alícuota, en él quedarán integrados, en su caso: 1.º El *procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario* si es que los promotores optaron por instar, a la vez que la división de la herencia, la intervención del caudal (cfr. arts. 792.1.2.º y 796.1 LEC). 2.º Las actuaciones correspondientes al ejercicio, conjunto o sucesivo, por los diversos acreedores hereditarios de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, cuando está ya entablado el *procedimiento de división de la herencia* (cfr. art. 782.4 LEC).

Si el procedimiento inicialmente entablado es el *procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario* promovido por

²¹ Cfr las citas en. M. PEÑA, *La herencia*, § 164.

alguno de los acreedores hereditarios, a él se llevará: 1.º Las peticiones de intervención procesal en ese procedimiento que, después, formulen, conjunta o sucesivamente, otros acreedores hereditarios. 2.º El *procedimiento de división de la herencia* promovido por los coherederos o legatarios de parte alícuota (al modo que ocurre en el caso previsto en el art. 796.1 LEC).

Al final del presente trabajo veremos que, como ocurría en el antiguo juicio de testamentaría, también puede integrarse en el juicio universal de división de la herencia el procedimiento de liquidación-partición del patrimonio separado común de ambos cónyuges cuando el régimen económico matrimonial respectivo haya concluido por la muerte de uno de éstos.

La complejidad del contenido del proceso sucesorio es compatible con una cierta autonomía de las actuaciones procesales correspondientes a cada pretensión. La autonomía se da, incluso, en relación con las pretensiones de cada uno de los diversos acreedores hereditarios que ejerciten la facultad que les confiere el artículo 1082 CC. Esta facultad forma parte del contenido de los créditos y cada uno de los acreedores es libre de ejercitarla o no. Cuando son varios los acreedores que la ejercitan, simultánea o sucesivamente, y se constituyen en parte en las actuaciones correspondientes, adoptan todos ellos la misma condición de parte frente a unos mismos demandados. Pero la pretensión de cada acreedor atiende a intereses que son sólo suyos y abre, por tanto, actuaciones procesales que mantienen propia autonomía, aunque en general una misma tramitación valga para la actuación de las pretensiones de los distintos acreedores hereditarios.

El tribunal que es competente para las cuestiones que plantea el ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, será también el competente para resolver sobre la procedencia de la anotación preventiva de su «derecho hereditario» conforme a la tramitación prevista en el artículo 57 LH (cfr. también, arts. 46 LH y 146 RH). Asimismo, será también el competente para resolver en todo caso sobre su cancelación, previa la tramitación que señala la legislación hipotecaria y, por tanto, incluso en el caso de que «no consienta la cancelación la persona en cuyo favor se hubiere hecho» (cfr. arts. 83 y 84 LH).

Mientras no estén extinguidos los créditos o no se haya prestado su afianzamiento, pende, sobre las *titularidades en propiedad* que por la sucesión corresponde a los herederos, la amenaza de una posible paralización de sus efectos: la paralización que producirá el ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC. Si como regla el derecho de los here-

deros a partir puede ejercitarse frente a los demás coherederos en cualquier tiempo (cfr. arts. 1051 ss. CC), parece que también como regla los herederos pueden ejercitar su derecho a terminar –mediante el pago, si es ya procedente, o mediante la constitución de la garantía satisfactoria– con la indefinición que para la efectividad de las *titularidades en propiedad* comporta la amenaza de ejercicio de la facultad que, en relación con la partición-liquidación de la herencia, confiere a los acreedores hereditarios el artículo 1082 CC. El legítimo interés en terminar con esa situación de indefinición existe estén o no entabladas actuaciones procesales en las que los acreedores hereditarios ejerciten la facultad. Si están entabladas estas actuaciones, los herederos pueden estar interesados en terminar, cuanto antes, con las perturbaciones que comporta la intervención del caudal hereditario impuesta por los acreedores y, a la vez, evitar la suspensión de efectos de la partición que, en su día, resulte aprobada. Si no están entabladas, los herederos pueden estar, también, interesados en terminar, cuanto antes, con el temor de que los acreedores hereditarios puedan ejercitar procesalmente la facultad en tiempos inoportunos y quizá cuando ya esté hecha la partición entre los coherederos. Particularmente estarán interesados si los acreedores hereditarios hubieren obtenido en su favor anotación preventiva de su «derecho hereditario», porque entonces la facultad a que se refiere el artículo 1082 CC se ha traducido ya en un menoscabo de las facultades dispositivas de los herederos, ya que las fincas afectadas con la anotación preventiva sólo podrán ser transmitidas con la carga que la anotación implica.

Los herederos pueden, sin duda, satisfacer el interés en terminar con la amenaza de la paralización de los efectos de la titularidad en propiedad que a ellos corresponde, mediante el pago o mediante la constitución de la garantía satisfactoria, dentro de las mismas actuaciones de los juicios de división de herencia en que sean parte los acreedores hereditarios, y dado que el pago o la constitución de la garantía constituyen el antecedente necesario para que el tribunal pueda ordenar la cesación de la intervención judicial del caudal hereditario (cfr. art. 796.3 LEC) y, en su caso, que la partición sea llevada a efecto (cfr. art. 788 LEC). Pero también estimamos que tiene que abrirse vía procesal para satisfacer ese interés de los herederos (cfr. art. 24.1 CE), aunque no estén entabladas las referidas actuaciones judiciales o respecto de los acreedores hereditarios que no sean parte en las mismas. Es indudable que si se trata del pago, los herederos podrían utilizar el procedimiento de consignación en los casos en que la naturaleza de la prestación debida lo permita. Pero parece que la pretensión de los herederos de terminar con la

amenaza de la paralización de los efectos de la titularidad en propiedad que a ellos corresponde, mediante el pago o mediante la constitución de la garantía satisfactoria, podrá, en todo caso, plantearse judicialmente como cuestión típica de la partición-liquidación de la herencia. Tribunal competente lo será el mismo que es competente, en general, para las cuestiones hereditarias. La cuestión se habrá de resolver aplicando la tramitación de estos juicios universales, pero de acuerdo con la flexibilidad y economía características de estos juicios, sin exigirse más trámites que los que serían necesarios, si hubiera estado planteado el procedimiento de división de herencia o el de intervención del caudal hereditario, para que el tribunal hubiera podido ordenar, en la última etapa del procedimiento, que, por haberse realizado el pago o haberse prestado el afianzamiento satisfactorio, la partición definitivamente aprobada habría de ser llevada a efecto; o habría de ordenarse la cesación de la intervención judicial del caudal hereditario. El mismo tribunal será, además, el competente para ordenar la cancelación de la anotación preventiva del derecho de los acreedores a que se refieren los artículos 46 y 57 LH y 146 RH (cfr. arts. 83 y 84 LH).

Es posible, asimismo, *la acumulación de procesos singulares al proceso universal*. Esta acumulación de procesos se decretará «cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a ese caudal» (cfr. art. 98.1.2.º LEC). La acumulación deberá «solicitarse ante el tribunal que conozca del juicio universal», y hacerse siempre al proceso universal; y regirán «las normas» del capítulo relativo a «la acumulación de procesos», juntamente «con las especialmente establecidas sobre procesos sucesorios» (cfr. art. 98.1 y 3 LEC).

C. PRESUPUESTOS PROCESALES COMUNES

1. Órgano competente

Por tratarse, en los dos tipos de procedimiento, de «juicios sobre cuestiones hereditarias», es decir, de juicios que se plantean en relación con la herencia, «será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiera tenido en lugar extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde tuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante» (cfr. art. 52.1.4.º LEC). Esta regla de competencia territorial es de las que tienen carácter imperativo, es decir, de las que preva-

leen sobre «la sumisión expresa o tácita de las partes a otro tribunal» (cfr. art. 54.1 LEC). En su caso, la falta de competencia territorial será apreciada de oficio en los términos prescritos por el artículo 58 LEC.

2. Acreedores hereditarios legitimados

Están legitimados, como ya hemos defendido en otra ocasión²², en principio, todos los acreedores hereditarios mientras no se les pague o afiance. Estimamos, contra otros autores, que incluso están legitimados los acreedores cuyos créditos estén sujetos a condición suspensiva (cfr. art. 1121.I CC), por ejemplo, cuando se trate de un crédito cuya eficacia está suspendida y pendiente de que se produzca o no el acontecimiento de que el acreedor (de veinte años de edad) sobreviva a su bisabuelo (cfr. art. 1125.III CC).

a) *Tipo de prueba que han de presentar*

La gravedad de las consecuencias que trae el ejercicio de la facultad que a los acreedores hereditarios se confiere aconsejó al legislador²³ no conformarse, para la justificación de los créditos, con cualquier principio de prueba. Según el artículo 1038.4.º de la LEC de 1881 (cfr., también, su art. 973.3.º), se requería que el acreedor presentara «título escrito que justifique cumplidamente su crédito». Conforme al artículo 1082 CC, ha de tratarse de «acreedores reconocidos como tales». En la actualidad, las normas aplicables, tanto para el ejercicio de la facultad dentro *del procedimiento de división de la herencia* como para el ejercicio mediante el *procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario*, están contenidas, respectivamente y con expresiones idénticas, en los artículos 782.4 y 792.2 LEC. Ahora se dispone que los acreedores legitimados son los «acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos o que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo». Estas normas de la vigente LEC desarrollan el concepto «acreedores reconocidos como tales» que emplea el artículo 1082 CC, pero contienen alguna discutible variación. A diferencia de lo que establecían los artículos 1038.4.º y 973.3.º de la LEC de 1881, no basta, que los acreedores hereditarios presenten cualquier «título escrito que justifique cumplidamente su crédito». Ni basta, en particular, con que los acreedores

²² Cfr. M. PEÑA, *La herencia*, § 170.

²³ Cfr. M. PEÑA, *La herencia*, § 170.

acrediten que están «reconocidos como tales» por el causante de la herencia (cfr. art. 1082 CC) en cualquier documento que, aunque no sea título ejecutivo, justifique suficientemente su crédito, como puede ocurrir con los documentos firmados por el causante que serían bastantes para que procediera el proceso monitorio conforme a lo dispuesto en el artículo 812.1.1.^a LEC; o como puede ocurrir con las actas de inventario de bienes y deudas, suscritas por el causante y realizadas con cualquier finalidad, por ejemplo, para la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta antes del fallecimiento. El reconocimiento que hace el causante, para ser bastante, ha de haberse hecho precisamente en *testamento*. En cambio, no se exige que el reconocimiento que hagan los coherederos haya de efectuarse en un tipo especial de documento.

En sus casos, se habrán de presentar, además, los documentos fehacientes que acrediten debidamente, frente al deudor causante o frente a los herederos de éste, la cesión, sucesión o subrogación que tengan por objeto los créditos hereditarios.

- b) *Los acreedores hereditarios dejan de estar legitimados si sus créditos han quedado extinguidos o se les ha provisto de la debida garantía*

Antes, el artículo 1040 LEC de 1881 negaba expresamente la legitimación al acreedor que tuviera su crédito suficientemente asegurado con hipoteca u otra garantía suficiente o cuando los herederos dieran fianza bastante a responder del crédito, independientemente de los bienes del finado (lo que creemos que significaba: con independencia de la responsabilidad general que, por las deudas del finado, afecta a todos los bienes de su herencia). En la nueva LEC no se exige directamente el requisito (negativo) de que los respectivos créditos no estén ya suficientemente garantizados. Pero es indudable, que sigue vigente la misma exigencia. Ello es consecuencia de que la pretensión de los acreedores hereditarios va a tener por objeto evitar que *se lleve a efecto* la partición de la herencia *en tanto no se les pague o afiance* el importe de sus créditos (cfr. arts. 1082 CC y 782.4, 788.3 y 796.3 LEC). Por tanto, si los créditos ya están pagados o gozan ya de afianzamiento bastante, los acreedores hereditarios dejan de estar legitimados. Es más, si después de formulado el ejercicio procesal de la facultad, se produce el pago o el afianzamiento, ello será causa para que el tribunal decrete la terminación de las correlativas actuaciones procesales en curso (cfr. art. 22 LEC).

- c) *¿Está sujeta a prescripción la facultad que confiere el artículo 1082 CC?*

Esta facultad forma parte del contenido de los derechos de crédito. Como se trata de facultades integrantes de un derecho, las facultades no prescribirán con independencia de ese derecho (al modo que sucede con las facultades a que se refiere el art. 1965 CC).

3. La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto objeto del procedimiento

Si, como es lo adecuado, el artículo 1082 CC y los correspondientes preceptos de la LEC han de ser interpretados conjuntamente y de conformidad con la tradición legislativa, resulta que la correspondiente pretensión procesal de los acreedores sigue caracterizándose (y en esto insistiremos después, al exponer el régimen especial de uno y otro procedimiento) por las notas que la caracterizaban cuando la formulaban, conforme a la LEC de 1881, en el llamado juicio de testamentaría²⁴. El ejercicio procesal de la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC envuelve tres peticiones (que, más que peticiones distintas, constituyen sólo distintos aspectos o caras inseparables y complementarios de una única pretensión):

1.^a La petición, que en el tiempo es la primera que tiene efectos en el correspondiente procedimiento, de que el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y su sujeción a administración especial. Esta *titularidad interina* prevalece ya sobre la *titularidad en propiedad* que corresponde a los herederos; determina el alcance que, en adelante o en su día, tendrá la partición realizada o aún por realizar; y, haya o no partición de la herencia entre los coherederos, esta *titularidad interina* terminará cuando a los acreedores hereditarios se les pague o afiance el importe de sus créditos (cfr. arts. 1082 CC y 796.3 LEC).

2.^a La solicitud de que *no se lleve a efecto* la partición de la herencia, la ya realizada o la que esté todavía por realizar, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, prevaleciendo entretanto la *titularidad interina* (cfr. arts. 1082 CC y 788.3 LEC).

3.^a La solicitud que *implícitamente* comporta el condicionamiento a que se somete esta suspensión de efectos que afecta a la partición: si los coherederos y legatarios de parte alícuota quieren

²⁴ Como expusimos, con mayor amplitud, en *La herencia*, especialmente en §§ 168 ss. Cfr. también, lo dicho antes en II-A-2 y II-B-1 del presente trabajo.

conseguir la plena efectividad de las adjudicaciones, habrán de efectuar antes el pago o el afianzamiento de los créditos.

– No se pretende directamente la efectividad misma de los créditos. Se pretende sólo que, frente a los acreedores que se oponen, no pueda llevarse a efecto la partición de la herencia en tanto no se efectúe el pago o el afianzamiento. La efectividad de los créditos, si están vencidos, habrán de pretenderla los acreedores hereditarios «en el juicio declarativo que corresponda» (cfr. art. 782.3 LEC).

– En realidad ni se pretende el pago ni se pretende, alternativamente, el afianzamiento. Procesalmente la pretensión de los acreedores hereditarios resulta, para ellos, colmada simplemente por el hecho de que el patrimonio hereditario quedará sujeto a la *titularidad interina* y de que no podrá *llevarse a efecto* la partición en tanto no se les pague o afiance el importe de los créditos. Esto constituye ya, por sí, una garantía de estos créditos. Pero como ordinariamente será una garantía desproporcionadamente gravosa para los herederos, valdrá, además, como estímulo para el pago o el afianzamiento.

De este modo resulta que también es objeto de la pretensión la constitución, en favor de los créditos hereditarios, de esta garantía que se caracteriza por tratarse de una garantía que es *general e interina*. Es *general*, porque comporta la sujeción de todo el patrimonio a especiales medidas de intervención y administración; y es *interina* porque cesarán con el pago o el afianzamiento de los créditos. En esta garantía, tienen carácter procesal tanto la constitución de las medidas de intervención, gestión y administración como el funcionamiento de estas medidas. Pero no estamos ante una de las llamadas por la LEC *medidas cautelares*, porque éstas se adoptan para asegurar el *resultado de un proceso* (cfr. art. 721.1 LEC) y la garantía de que tratamos ahora se constituye para asegurar *directamente determinados créditos* cuya existencia no se cuestiona.

– La opción entre el pago o el afianzamiento no corresponde a los acreedores, pues basta que se produzca cualquiera de los dos hechos para que ya sea procedente acordar la cesación de la intervención judicial del caudal hereditario y que, en su caso, sea llevada a efecto la partición (cfr. arts. 1082 CC y 782.4, 788.3 y 796.3 LEC).

¿Es así incluso cuando el crédito está ya vencido? De la Cámara²⁵ sostiene que «sería absurdo que a los acreedores con créditos

²⁵ DE LA CÁMARA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, p. 2544.

vencidos se les intentase contentar con la garantía o afianzamiento». Creemos que puede, en efecto, sorprender que cuando el acreedor ejercite la facultad que le confiere el artículo 1082 CC e invoca un crédito vencido (y, en particular, si además es líquido y de tracto único), el acreedor, a pesar de que documenta el crédito suficientemente, haya de soportar que se le niegue el pago y se le intente contentar con un afianzamiento satisfactorio. Pero esta solución es la que responde a los antecedentes que hemos expuesto en otra ocasión²⁶ y es la única congruente con un sistema que permite: 1.º Que si el acreedor carece de la facultad que confiere el artículo 1082 CC por estar provisto, ya, de garantía satisfactoria –lo que con toda claridad resultaba del artículo 1040 de la LEC de 1881 (cfr. también su art. 973.3.º)–, el *vencimiento* del crédito que ya está debidamente garantizado no va a significar que el acreedor adquiera la facultad que confiere el artículo 1082 CC, y ahora para exigir el pago. 2.º Que lo mismo ocurra cuando al crédito no vencido se le haya provisto de garantía satisfactoria como consecuencia de haber ejercitado, en otro momento, el acreedor la facultad que le confiere el artículo 1082 CC.

Con la solución que se defiende no se niega al acreedor hereditario el derecho al pago inmediato ni las posibilidades y garantías procesales para conseguirlo (las que procederían si el deudor no hubiera fallecido). Lo que se niega es que, cuando al acreedor se le ofrezca una garantía concreta satisfactoria de que el importe del crédito le será pagado, pueda, no obstante empeñarse en continuar, para conseguir el pago, con la coacción extraordinaria que significa seguir con la *intervención judicial de todo el patrimonio hereditario*, con el efecto, además, de *suspender y entorpecer las actuaciones de división de herencia* (cfr. art. 782.3 *fine* LEC). Obsérvese, además, que la continuación de la intervención judicial de todo el caudal hereditario constituirá una rémora para facilitar (con las ventas de bienes hereditarios, o con operaciones de crédito, etc.) la obtención del dinero para atender con rapidez al pago.

Por otra parte, son los herederos mismos los que estarán especialmente interesados en optar por el pago inmediato y no por la constitución de la garantía satisfactoria, por el temor de las consecuencias del impago –en particular, cuando, por haber varios herederos, cada uno de ellos haya de responder del entero de la deuda–. En la práctica esta opción será, en las actuaciones judiciales o en las extrajudiciales, la más frecuente. Incluso será fre-

²⁶ M. PEÑA, *La herencia*, § 169.

cuenta que se negocie con el acreedor el pago aun cuando la deuda no haya vencido.

– Ni el deudor ni sus herederos pueden imponer a los acreedores el pago si el crédito aún no ha vencido o no ha vencido totalmente (cfr. art. 1127 CC). Mientras el crédito no venza, el único hecho que, a pesar de la oposición de los acreedores hereditarios, puede permitir que cese la intervención del caudal hereditario y que la partición de la herencia sea llevada a efecto es el adecuado afianzamiento.

– ¿Quién ha de juzgar que el afianzamiento prestado es adecuado? El artículo 788.3 LEC conserva, para el caso de que la facultad que confiere el artículo 1082 CC se ejercite dentro del procedimiento de división de la herencia, una precisión que, para todo caso de juicio de testamentaría promovido por los acreedores hereditarios, contenía el artículo 1093 de la LEC de 1881: la garantía que se presta tiene que hacerse *a satisfacción* de los *acreedores*. De los términos legales parecería desprenderse que el juicio de ser bastante la garantía corresponde exclusivamente a los acreedores. Por este camino se anularía la alternativa –pago, afianzamiento– a que se refieren el artículo 1082 CC y los artículos 782.4 y 796.3 LEC. Todos los preceptos relativos a la cuestión deben interpretarse en el mismo sentido, pues carecería de toda lógica emplear criterios distintos según que la misma facultad sustantiva, la que confiere el artículo 1082 CC, se ejercitara en uno u otro de los dos procedimientos especiales, cuando el que sea posible el ejercicio de la facultad en uno u otro de los dos procedimientos, se debe a circunstancias, por sí ajenas, al conflicto de intereses que se resuelve. Como para el artículo 1082 CC, y también para los artículos 782.4 y 796.3 LEC, basta que se produzca el afianzamiento de los créditos, habrá que entender que, si verdaderamente hay afianzamiento objetivamente satisfactorio, habrán de levantarse las limitaciones que comporta la *titularidad interina* a que está sometido el caudal hereditario. El juicio de ser *satisfactorio* corresponde, ciertamente, a los acreedores de la herencia, pero sin que ello signifique que el acreedor a su capricho pueda rechazar el afianzamiento cuando objetivamente merezca la calificación de satisfactorio (cfr. por analogía, art. 1598 CC). Por consiguiente, sobre el juicio del acreedor habrá de prevalecer el del Juez, quien, si estima que se ha producido el pago completo o que el afianzamiento prestado es objetivamente satisfactorio, acordará la cesación de la intervención judicial del caudal hereditario (cfr. art. 796.3 LEC) y, en su caso, que se lleve a efecto la partición ya hecha (cfr. art. 788 LEC).

– El afianzamiento puede consistir en cualquier tipo de garantía real o personal. La garantía real puede recaer, ya sobre bienes concretos ajenos al patrimonio hereditario, ya sobre bienes del mismo patrimonio hereditario. Es posible que la garantía recaiga sobre los bienes hereditarios porque la sujeción de este patrimonio a las deudas hereditarias no impide, guardando las reglas que sean aplicables a la administración y disposición de los bienes hereditarios, ni los pagos a los acreedores ni la constitución, en su favor, de garantías reales. Fiador personal puede ser cualquier persona, heredero o no, que tenga «bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza» (cfr. arts. 1828 y 1854 CC). El afianzamiento suficiente puede resultar de un hecho distinto a la constitución de una fianza y así podrá ocurrir cuando alguno o todos los coherederos hayan pasado a responder personal y solidariamente de las deudas de la herencia por haberla aceptado pura y simplemente, si es que, al menos alguno de ellos, tiene bienes suficientes para responder de ellas. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la exigencia de que la garantía que se preste ha de hacerse *a satisfacción de los acreedores*, como resulta del artículo 788.3 LEC, tiene, ahora, un valor que antes no tenía: el que da ser regla contenida en *ley posterior* a la contenida en el artículo 1082 CC. Parece que esto permite a los acreedores hereditarios rechazar aquellas garantías que, por sus condiciones, sean objetivamente insatisfactorias, como puede ocurrir con la misma fianza ordinaria, sobre todo si la obligación que con ella se quiere garantizar es de larga duración. La persona que hoy tiene bienes suficientes puede no tenerlos el día en que la obligación garantizada ha de ser pagada. El remedio que da la Ley (cfr. art. 1829) para el caso de que el fiador viniera al estado de insolvencia, puede ser de difícil efectividad (los herederos o sus sucesores son ya inlocalizables, los bienes hereditarios han pasado a terceros, etc.). Los problemas de localización de personas que han de ser demandadas o de los bienes del fiador, se multiplicarán a la muerte de éste. El beneficio de excusión complicará aún más la efectividad de la garantía.

– La opción por el afianzamiento no significa que, para el acreedor, haya terminado la responsabilidad del patrimonio hereditario. Por su propia naturaleza, los derechos de garantía (derechos *accesorios*) suponen la existencia del derecho de crédito (derecho *principal*) que es el que sigue afectando, hasta su pago, al patrimonio que dejó el deudor (cfr. art. 1911 CC), sin perjuicio de que además respondan de su pago los herederos que no gocen del beneficio de inventario.

III. LAS ACTUACIONES PROCESALES CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE CONFIERE EL ARTÍCULO 1082 CC DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE LA HERENCIA

A. NOTAS CARACTERÍSTICAS

1.^a *Las actuaciones correspondientes a la pretensión de los acreedores hereditarios se integran en un proceso de división de herencia que ya está en marcha.* El procedimiento divisorio sólo ha podido ser promovido por alguno de los coherederos o de los legatarios de parte alícuota y no por los acreedores hereditarios (cfr. art. 782.1 y 3 LEC). En este procedimiento son partes con carácter necesario los coherederos o legatarios de parte alícuota que hayan reclamado la división judicial (cfr. art. 782.1 LEC) así como los demás coherederos y legatarios de parte alícuota y, también, el cónyuge sobreviviente (en V veremos la posición procesal del cónyuge sobreviviente) (cfr. art. 783.2, 3 y 4 LEC).

Una vez que todos los coherederos y legatarios de parte alícuota se han personado, todos tienen una igual condición de parte: en las operaciones divisorias cada parte se enfrenta a todas las demás²⁷.

2.^a *La posición de los acreedores hereditarios en el procedimiento es el de división de herencia ya entablado.* Los acreedores hereditarios, en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, se *oponen*, dentro del procedimiento entablado de división de la herencia, no a que prosigan las operaciones particionales entabladas, sino sólo a que la partición judicial de herencia que, en su día quede definitivamente aprobada, se lleve a efecto hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (cfr. arts. 1082 CC y 788.3 LEC).

La pretensión que formulan los acreedores hereditarios les coloca en el procedimiento en un plano de intereses distinto de aquél en que están las partes originarias. La nueva pretensión, por afectar, por sí, a los efectos de la división de la herencia va a enfrentar a cada uno de los acreedores que la formulan con el conjunto de

²⁷ HEVIA BOLAÑOS (como hicimos notar en *La herencia*, § 163) incluía la división judicial entre los herederos como uno de los ejemplos de «juicios dobles en que cada uno de los litigantes es actor y reo».

Los coherederos y legatarios de parte alícuota no discuten ciertamente, en este procedimiento, el derecho a partir que a cada uno corresponde, pero si van al juicio es por el desacuerdo existente entre ellos «sobre el modo de hacer la partición» (cfr. art. 1059 CC).

los coherederos y legatarios de parte alícuota (con el conjunto de esas partes, activas o pasivas, del proceso ya entablado).

3.^a *La intervención de los acreedores hereditarios en el procedimiento de división de la herencia.* La pretensión por la que los acreedores hereditarios se *oponen* se formula mediante «*petición* que puede deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero» (cfr. arts. 782.4 LEC). El acto de los acreedores tiene el carácter procesal de acto de *intervención* de sujetos que originariamente no eran ni demandantes ni demandados (cfr. art. 13.1 LEC).

Como la facultad que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC forma parte del contenido de los créditos, cada uno de los acreedores hereditarios es libre de ejercitarla o no (ya veremos que los coherederos tampoco pueden provocar la intervención de los acreedores hereditarios en el procedimiento de división de herencia). Y, como ya dijimos, cuando son varios los acreedores que ejercitan, simultánea o sucesivamente, la misma facultad y se constituyen en parte, adoptan todos ellos, en las actuaciones correspondientes, la misma condición de parte enfrentada al conjunto de los coherederos y legatarios de parte alícuota. Pero la pretensión de cada acreedor atiende a intereses que son sólo suyos y abre, por tanto, actuaciones procesales que mantienen autonomía, aunque en general una misma tramitación valga para la actuación de las respectivas pretensiones de los distintos acreedores hereditarios.

B. PRESUPUESTOS ESPECIALES

1. **La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto nuevo objeto de un procedimiento ya entablado**

a) La *petición* de los acreedores hereditarios comprende el tríptico de peticiones que, por sí, envuelve siempre el ejercicio de la facultad que a los acreedores confiere el artículo 1082 CC y que vimos en II-C-3. El objeto del procedimiento ya entablado está constituido por la pretensión de los coherederos de que se lleve a cabo la partición de la herencia, con la consiguiente efectividad de las adjudicaciones por las que se *determinan* los bienes hereditarios que cada uno de los coherederos ha adquirido en *exclusividad* por *sucesión*. Y, ahora, los acreedores hereditarios se oponen a esta pretensión en cuanto que solicitan que *no se lleve a efecto* la partición judicial que llegue a ser aprobada en tanto los acreedores no

estén «completamente pagados o garantizados a su satisfacción» (cfr. arts. 1082 CC y 788.3 LEC). Desde este punto de vista, los acreedores hereditarios adoptan, pues, posición equivalente a la de demandados que se *oponen*. Pero la *petición* de los acreedores hereditarios comporta, por sí, la introducción, en el procedimiento divisorio, también de estas peticiones:

– La petición de que el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y su sujeción a administración especial (cuestión que veremos enseguida).

– La petición condicionada implícita de que si los coherederos y legatarios de parte alícuota quieren culminar el proceso particional con la plena efectividad de las adjudicaciones, habrán de efectuar previamente el pago o el afianzamiento de los créditos.

b) *¿Es que realmente el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC comporta, por sí, la intervención del caudal hereditario?*

Antes hemos visto (en II-A-2) cómo son los mismos textos de la nueva LEC sobre *el procedimiento para la división de la herencia* y sobre el procedimiento de *intervención del caudal hereditario* los que evocan directamente que en estos procedimientos los acreedores hereditarios ejercitan una misma facultad sustantiva y que es precisamente la que les confiere el artículo 1082 CC. Y vimos también que, cuando se ejercita esta facultad fuera del *procedimiento para la división de la herencia*, instar la intervención judicial del caudal hereditario y formular oposición a que la partición de herencia, realizada o por realizar, *se lleve a efecto* son caras distintas de una misma pretensión. Pues bien, nos parece que igualmente ocurre así cuando el ejercicio procesal de la facultad que les confiere el artículo 1082 se produce dentro del *procedimiento para la división de la herencia*; es decir, que la petición formulada en este procedimiento de que la partición de herencia no *se lleve a efecto* envuelve la solicitud de la intervención judicial del caudal hereditario. De este modo, el caudal hereditario quedará sometido a la *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y su sujeción a administración especial y se asegura el alcance *sustantivo* de la pretensión de que la partición en curso no se llevará a efecto. Sólo así, el ejercicio de la misma facultad sustantiva de oposición que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC tendrá, por darse la misma *ratio juris*, el mismo alcance sustantivo, cualquiera que sea, de los dos procedimientos especiales, el procedimiento en que aquella facultad sustantiva se ejercita (cfr. II-B-1). Pues no sería lógico que el alcance

sustantivo (limitaciones de las facultades de gestión y disposición, momento inicial de las limitaciones) dependiera de un azar —el que esté o no entablado precisamente uno de los dos procedimientos— que, como ya hemos dicho, es ajeno a los acreedores hereditarios y al conflicto de intereses que el ejercicio de la facultad sustantiva plantea.

Además, la solución alternativa, la de que pueda ejercitarse la facultad que confiere el artículo 1082 CC dentro del procedimiento de división de herencia y no instarse, a la vez, la intervención del caudal hereditario, dejaría el alcance de la *suspensión de los efectos* de la partición judicial aprobada en una peligrosa indeterminación.

La solución que defendemos es, también, la única acorde con la solución tradicional, que tiene ecos muy directos en el artículo 788.3 de la nueva LEC. Conforme a la antigua LEC, el juicio de testamentaría en el que los acreedores hereditarios formularan su pretensión determinaba la sujeción del caudal hereditario a especiales medidas de cautela y a una especial administración, concurriría o no en el mismo juicio con la pretensión de división de los coherederos (cfr. arts. 1068, 1069 y concordantes LEC de 1881; cfr., también, con mayor claridad, art. 499 LEC de 1855) Y estas medidas continuaban, según el artículo 1093 LEC de 1881, en tanto el interés de los acreedores hereditarios que hubieren promovido el juicio de testamentaría no estuviera satisfecho, pues disponía que «*no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantidos a su satisfacción*». Los términos de este artículo de la LEC de 1881 significaban, en su contexto, que los bienes seguían sometidos a la *titularidad interina* (se suspende su entrega). Pues bien, la nueva LEC, en el artículo 788.3, sigue recogiendo lo preceptuado por el artículo 1093 de la LEC de 1881. Y con sus propios términos, los cuales tienen pleno sentido si presuponen la intervención del caudal hereditario y su sujeción a administración especial. Realmente el que pueda plantearse cuestión sobre si el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC en el procedimiento de división de herencia ya entablado comporta o no la intervención del caudal hereditario, es sólo una consecuencia imprevista y desgraciada de la que hemos denominado (cfr. I-B) *deconstrucción formal* del anterior régimen unitario del juicio de testamentaría, producida al desdoblarse su regulación en los dos procedimientos referidos; y por tanto, no debe ser obstáculo para la interpretación que proponemos.

Ha de observarse, finalmente, que, en relación con las medidas de intervención del patrimonio que estaban previstas en la LEC de 1881 para el juicio de testamentaría (cfr. arts. 1068, 1069 y concordantes LEC de 1881), se produce, en la regulación que la nueva LEC hace del procedimiento divisorio promovido por los coherederos o legatarios de parte alícuota, una precisión: los coherederos o legatarios de parte alícuota podrán o no pedir las medidas de intervención del caudal hereditario «al tiempo de *solicitar* la división judicial de la herencia» (cfr. arts. 792.1.2.º LEC de 2000). Pero una alternativa análoga no existe respecto de la *petición* por la que los acreedores intervienen en ese mismo procedimiento (cfr. art. 792.1.1.º y 2 LEC), y menos con la claridad que exigiría una novedad que rompería la estructura esencial y tradicional del procedimiento de protección del interés de los acreedores hereditarios en la seguridad de sus créditos (cfr. II-A-2 y especialmente nota 17). Por todo lo dicho puede muy bien afirmarse que si no se concede esta alternativa a los acreedores hereditarios que intervienen como parte en el procedimiento divisorio ya entablado es por entenderse que la intervención del caudal hereditario es una consecuencia connatural del ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC en cualquiera de los procedimientos relativos a la partición-liquidación de la herencia,

2. Casos en que es posible el ejercicio de la facultad dentro del procedimiento de división de herencia

Como ha de estar ya entablado el *procedimiento de división de herencia* (cfr. art. 782.4 LEC), el ámbito práctico de aplicación de esta posibilidad procesal, para el ejercicio de la facultad que a los acreedores confiere el artículo 1082 CC, es muy reducido. Son los coherederos o legatarios de parte alícuota, y no los acreedores hereditarios, los que pueden instar el *procedimiento de división de herencia* (cfr. art. 782.1 y 3 LEC). No les será posible, pues, a los acreedores hereditarios seguir este camino en los múltiples casos en que tampoco los coherederos o legatarios de parte alícuota puedan entablarlo, lo que ocurrirá: si hay un solo heredero; si, aunque haya varios coherederos o legatarios de parte alícuota, la partición ya está realizada, judicial o extrajudicialmente; si, aunque no esté todavía realizada, no pueden, sin embargo, los coherederos o legatarios de parte alícuota promover el procedimiento por estar establecido que efectúe la división de la herencia un comisario o contador partidor; haya sido éste designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial (cfr. art. 782.1 LEC).

Asimismo no les será posible a los acreedores hereditarios seguir este camino, simplemente, porque, aunque los coherederos o legatarios de parte alícuota puedan promover el procedimiento de división, ninguno de ellos lo promueve.

C. RÉGIMEN DE LA TRAMITACIÓN POR CUANTO HACE A LOS ACREEDORES HEREDITARIOS

1. **Si los acreedores hereditarios han de ser citados necesariamente a fin de que se constituyan en parte o si, al menos, los coherederos pueden provocar su «intervención»**

De contestarse afirmativamente a cualquiera de estas *dos cuestiones*, si los acreedores hereditarios fueran debidamente citados para comparecer como parte y, no obstante, no comparecieran, habría que considerar que la facultad de oponerse a que se lleve a efecto la partición judicial en tramitación había quedado agotada. Creemos que la contestación que procede es que ni los acreedores hereditarios han de ser necesariamente citados a fin de que se constituyan en parte oponiéndose a que se lleve a efecto la partición, ni, tampoco, los coherederos pueden provocar la «intervención», a este fin, de los acreedores hereditarios en el procedimiento.

– La primera actuación relativa a las personas que han de ser partes en el procedimiento de división de herencia es ordinariamente la convocatoria para la Junta que ha de designar contador y peritos y, ciertamente, el artículo 783.3 LEC establece que ha de citarse tanto a los *interesados personados*, como a los *interesados no personados*. Mas este apartado del artículo 783 debe leerse en conjunción con el inmediatamente anterior (art. 783.2), que es el dedicado a especificar los sujetos que han de ser necesariamente convocados a título propio y en él no están incluidos los acreedores hereditarios.

Pero resulta que, además, puede muy bien ocurrir que no sea esta Junta la primera actuación en que han de *comparecer* las partes. Así ocurrirá si, al tiempo de solicitar la división judicial de la herencia, los coherederos o legatarios de parte alícuota hubieren instado la intervención judicial del caudal hereditario, pues entonces, antes de la convocatoria para la Junta, habrán de llevarse a cabo otras actuaciones que se refieren a la intervención judicial del caudal y a la formación de inventario (cfr. art. 783.1 y 2). Pues bien, de las disposiciones específicas aplicables resulta que el Juez, en el mismo auto inicial en el que acuerda la intervención judicial

del caudal hereditario, ha de mandar *citar a los interesados*, y entre ellos no están comprendidos todos los acreedores hereditarios, personados o no, sino *sólo* «los acreedores a cuya instancia se hubiera decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia» (cfr. art. 793.3.4.º LEC). Siendo esto así, sería absurdo entender otra cosa para una actuación que, como la de la Junta para la designación de contador y peritos, sobre no ser más importante para los intereses de los acreedores hereditarios, puede no ser la primera actuación de parte.

– Tampoco creemos que los coherederos puedan provocar la «intervención» de los acreedores hereditarios en el procedimiento de división de herencia. Para eso sería necesario que hubiera un precepto legal específico que lo permitiera (cfr. art. 14 LEC) y ese no es el caso. Por el contrario, conforme a la Ley siempre es *facultad* de los acreedores hereditarios oponerse o no a que se lleve a efecto la partición (cfr. art. 1082 CC). Y, de estar entablado el procedimiento de división de herencia, los acreedores hereditarios podrán hacer uso de esta *facultad* de oponerse a que se lleve a efecto la partición y, consiguientemente, de intervenir o no como parte en la compleja tramitación del procedimiento, en el momento que quieran (cfr. art. 782.4 LEC), sin que este tiempo pueda ser acortado por intimaciones de los coherederos.

Esto no excluye que los herederos, esté o no entablado este procedimiento y con mayor razón si está entablado, puedan formular, ante el tribunal, contra los acreedores hereditarios la pretensión de que presten su conformidad al pago que ellos realizan o a la garantía objetivamente satisfactoria que ellos prestan a fin de que se considere agotada la facultad a que se refiere el artículo 1082 CC, y con ello, en el presente caso, el procedimiento entablado (cfr. art. 22 LEC) (cuestión, ésta, que ya vimos en II-B-2-b-2.ª).

2. La «intervención» de los acreedores hereditarios en el procedimiento

– La pretensión de los acreedores hereditarios, en ejercicio de la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC, se formula mediante «*petición* que puede deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero» (cfr. art. 782.4 LEC). Esta *petición* deberá atenerse a los requisitos de las demandas y contestaciones (cfr. arts. 399 y 406 LEC). Con la *petición* se acompañarán los documentos ordinariamente exigidos y, entre ellos, los que acreditan que el peticio-

nario está legitimado al efecto conforme a las exigencias que establece el artículo 782.4 LEC.

Este acto por el que los acreedores irrumpen en el proceso divisorio entablado tiene el carácter procesal de acto de *intervención* de sujetos que originariamente no eran ni demandantes ni demandados (cfr. art. 13.1 LEC).

– Sobre esta solicitud de los acreedores hereditarios, «el tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas en el plazo común de diez días» (cfr. art. 13.2 LEC).

– «Admitida la *intervención*, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente *será considerado parte a todos los efectos*» y «se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes por plazo de cinco días». «El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés» (cfr. art. 13.3 LEC).

3. Tramitación ulterior

a) Puesto que admitida la *intervención*, «el interviniente será considerado parte a todos los efectos» (cfr. art. 13.3 LEC), los acreedores hereditarios deberán ser citados, en adelante, para las operaciones divisorias que puedan afectar a su interés en relación con la garantía de su crédito.

b) En particular, en la tramitación de la *intervención* del caudal hereditario, los acreedores hereditarios personados tendrán la condición de partes interesadas (cfr. art. 793.2 y 3 LEC). Sobre esta tramitación vale cuanto se dirá en IV.

Adviértase que la *intervención* judicial del caudal hereditario pudo ya haber sido promovida a instancia de los coherederos o legatarios de parte alícuota, «al tiempo de *solicitar* la división judicial de la herencia» (cfr. arts. 792.1 y 796.1 LEC). Pues bien, en la tramitación de la *intervención* judicial del caudal hereditario, la *petición* por la que los acreedores hereditarios ejercitan la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, tendrá las siguientes consecuencias:

– Una vez admitidos como parte el acreedor o acreedores hereditarios, no se retrotraerán las actuaciones relativas a la *intervención* del caudal hereditario, a salvo las facultades y recursos que, en relación con lo actuado, les corresponda conforme a la Ley (cfr. art. 13.3 LEC).

– En adelante, los acreedores hereditarios sí estarán legitimados para participar, como las demás partes.

c) Mediante la *petición* formulada, los acreedores hereditarios vienen a solicitar, como dijimos, que, si los coherederos quieren culminar el proceso particional con la plena efectividad de las adjudicaciones, habrá de efectuarse antes el previo pago de los créditos o constituirse una satisfactoria garantía del pago. A nuestro entender, no es necesario siquiera que se formule la *oposición* de los acreedores hereditarios para que, ya, cualquiera de los herederos pueda exigir, en el procedimiento de división de la herencia, que se provea a la satisfacción de los créditos o a tomar medidas que aseguren, en su día tales pagos. En defensa de esta tesis concurren múltiples razones, entre ellas el sentido amplio (comprendivo de la *liquidación*), con que nuestras leyes civiles y procesales (cfr., hoy, art. 786.1 y 2.3.º LEC) se refieren a la *partición*²⁸. Pues bien, con mayor razón cualquiera de los coherederos o legatarios de parte alícuota podrá exigir en el procedimiento de división de la herencia que se provea al pago de los créditos existentes contra la herencia o a la constitución de una garantía especial a satisfacción de los acreedores, justamente porque de eso va a depender la actuación plena en el procedimiento de la respectiva pretensión de cada heredero (cfr. art. 788.3 LEC).

D. EFICACIA DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA RESPECTO DE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS.

1. La cosa juzgada

Según las distintas vicisitudes, las operaciones divisorias pueden llegar a ser aprobadas, bien por auto, bien por sentencia (cfr. art. 787 LEC). Mas, aunque termine por sentencia, los acreedores hereditarios que intervinieron como parte en el procedimiento de división de herencia podrán, como los demás interesados en las operaciones divisorias aprobadas, hacer valer los derechos que crean corresponderles en el juicio ordinario que corresponda (cfr. art. 787.5.II LEC).

²⁸ Sobre las «múltiples razones» aludidas, cfr. nuestra obra *La herencia*, § 165, ap. c), y § 171, párrafo penúltimo.

En la práctica tradicional, presente en los antiguos formularios de cuadernos particionales, aparece un apartado dedicado a la *hijuela de deudas* que comprendía reconocimientos de deudas hereditarias, herederos que asumían el pago o el encargo de pago, adjudicaciones de bienes hereditarios para estos pagos o realizadas directamente en favor de los acreedores hereditarios en pago de las deudas hereditarias, etc.

Para los acreedores hereditarios que no se constituyeron en parte en el procedimiento, las resoluciones judiciales (autos o sentencias) que en él recaigan serán *res inter alios acta*; y también lo serán las mismas sentencias que recaigan en los juicios ordinarios a que nos acabamos de referir por la relatividad de efectos de la cosa juzgada (cfr. art. 222 LEC). Los acreedores hereditarios ajenos al procedimiento mantendrán, pues, intacta la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC, si bien, una vez entregadas las cosas adjudicadas en la división judicial, sólo podrán ejercitar esa facultad mediante el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario (cfr. art. 792.2 LEC).

2. La suspensión de efectos de la partición

a) *Indicación general*

De lo que, para un caso dispone el artículo 787.5.II LEC y confirma para todo caso el artículo 788, resulta claro que, en general, la partición judicial definitivamente aprobada «*se llevará a efecto*» con arreglo a lo dispuesto en este último artículo. Este precepto, después de expresar las diligencias que proceden para *llevar a efecto* la partición judicial definitivamente aprobada, señala, para el caso de que alguno o algunos de los acreedores hereditarios hubieren ejercitado en este procedimiento la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, que «no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantizados a su satisfacción» (cfr. art. 788.3 LEC).

Esta suspensión de la entrega de los bienes ya adjudicados tiene efectos *procesales* y efectos *sustantivos*. La suspensión produce el *efecto procesal* de que prolonga el tiempo apto para que otros acreedores hereditarios puedan, todavía, formular, dentro del procedimiento de división de herencia, la oposición a que se lleve a efecto la partición definitivamente aprobada (cfr. art. 782.4 LEC). Sobre los concretos *efectos sustantivos* de la suspensión de la entrega hablaremos seguidamente.

b) *Significación sustantiva de la suspensión. La suspensión de la entrega de los bienes adjudicados*

Nos parece que, para entender la significación sustantiva de la *suspensión de la entrega* que se establece en el artículo 788.3 LEC, es necesario comprender la significación sustantiva de la *suspensión de los efectos* que viene determinada por el oportuno ejercicio judicial de

la facultad sustantiva que el artículo 1082 CC confiere a los acreedores hereditarios. Nuestra conclusión es que la *suspensión de la entrega* es una simple manifestación y consecuencia de la *suspensión de los efectos de la partición judicial definitivamente aprobada*.

a) *La suspensión de los efectos de la partición judicial definitivamente aprobada*

Para los coherederos, la partición y las consiguientes adjudicaciones tienen el efecto de *determinar la titularidad en propiedad* que «por sucesión», corresponde a cada uno de los herederos, en *exclusividad*, desde la muerte del causante (cfr. arts. 609 y 1068 CC). En la partición judicial definitivamente aprobada hay ya una partición de herencia que, en las relaciones entre los coherederos y legatarios de parte alícuota, es firme y plenamente vinculante. Los cambios posteriores del valor de los bienes adjudicados o los ulteriores mejoras, deterioros o pérdidas que se deban a la naturaleza o a la acción del tiempo no parece que sean causa para reajustar la partición hecha.

Ahora bien, la Ley establece, en interés de los acreedores hereditarios que hubieren ejercitado en este procedimiento la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, que la partición judicial definitivamente aprobada no se llevará a efecto «hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos» (cfr. arts. 1082 CC y 782.4 y 788.3 LEC). Esto significa que habrá de seguir la *situación jurídica interina*, que abrió el ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC. En esta *situación jurídica interina* concurren, junto a los intereses de los respectivos adjudicatarios de cada bien, los intereses de los acreedores hereditarios que ejercitaron la facultad que les confiere el artículo 1082 CC y, mientras la *situación jurídica interina* dure, los poderes de gestión y disposición sobre los bienes hereditarios siguen correspondiendo a la *titularidad interina* —y no a los herederos.

El régimen concreto a que quedarán sujetos los bienes hereditarios durante la suspensión de los efectos de la partición, dependerá de la posición interpretativa que se adopte en relación con la cuestión, que ya planteamos en B-1-b, sobre si el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC comporta la intervención del caudal hereditario²⁹. Allí defendemos que el ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082

²⁹ Si la cuestión arriba aludida se hubiere resuelto en el sentido de que el ejercicio de la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC no comporta, por sí, que se insta la intervención judicial del caudal hereditario —es decir, en el sentido de que los acreedores hereditarios pueden solicitarla o no, como estimen oportuno—, no por eso correspondería sólo a los herederos la libre gestión y disposición de los bienes hereditarios en el caso de que los acreedores se hubieren limitado a ejercitar la facultad

CC, ha de comportar que, a la vez, se insta la intervención del caudal hereditario y su sujeción a administración especial. Por tanto, desde que por el ejercicio de la facultad sustantiva se produjo la intervención del caudal, el patrimonio hereditario en liquidación quedó sometido a la *titularidad interina* que esta intervención del caudal y su administración significan, y ello ya determina que, *en garantía de los créditos*, hayan de continuar, mientras la *interinidad* persista, los poderes de gestión y disposición sobre los bienes hereditarios que corresponden a dicha *titularidad interina*. Frente a las *titularidades en propiedad* que derivan de la sucesión y que se concretan en la partición, prevalecerán, mientras dure la *interinidad*, los poderes de gestión y disposición atribuidos a la *titularidad interina*. Los poderes de esta *titularidad interina* supondrán, correlativamente, la *suspensión*, primero, de las facultades que por la *cotitularidad en propiedad* corresponden al conjunto de los coherederos; y aprobada definitivamente la partición judicial, la suspensión de las facultades de la *titularidad en propiedad* que por la partición corresponde a cada adjudicatario.

La frase *no se llevará a efecto la partición* tiene pleno sentido, vista la partición desde el lado de la típica y tradicional sujeción de

tad de oponerse a que se lleve a efecto la partición, sin instar, a la vez, la intervención judicial del caudal hereditario.

Aun en el caso de que el caudal hereditario no estuviere sujeto a intervención judicial, la gestión y disposición de todos los bienes hereditarios habría de quedar, también, sujetas a un régimen de limitaciones para garantía de los acreedores hereditarios que se hubieran opuesto a que la partición de la herencia se llevara a efecto. No bastaría, entonces, para la enajenación de uno de los bienes adjudicados, el consentimiento del respectivo adjudicatario porque en interés de esos acreedores la efectividad de su adjudicación ha quedado en suspenso. Ni bastaría que al acto de enajenación concurriera el consentimiento del conjunto de los coherederos y legatarios de parte alícuota, pues la *suspensión* de efectos de las adjudicaciones no se ha producido en interés de los coherederos y legatarios de parte alícuota sino en interés de los acreedores hereditarios que se hubieran opuesto a que la partición de la herencia se llevara a efecto.

Para realizar cualquier acto de disposición de bienes hereditarios sería, pues, necesario que concurrieran estos consentimientos:

1.º El consentimiento del respectivo adjudicatario porque el acto de disposición afectaría a los derechos que le hubieran sido atribuidos en la partición definitivamente aprobada y que *interinamente* quedaba pendiente de ser «llevada a efecto».

2.º El consentimiento de los demás coherederos y legatarios de parte alícuota, porque la *suspensión de efectos* que sufriría la partición definitivamente aprobada daría lugar a que, sobre todos los bienes adjudicados, haya para ellos un nuevo interés *común*, protegible: que no mengüe, con las enajenaciones que de sus bienes hereditarios haga cualquier adjudicatario, el interés de éste en el cumplimiento total de la carga (el pago o el afianzamiento de los créditos hereditarios) de la que depende, para todos, el que se ponga fin a dicha suspensión de efectos.

3.º El consentimiento de los acreedores hereditarios en cuya garantía se habría producido la *suspensión de efectos* de las adjudicaciones

En los casos de desacuerdo en la gestión o disposición de los bienes hereditarios, el mismo tribunal que está conociendo del juicio *universal* habría de proveer, a instancia de parte y conforme a lo establecido en las reglas sobre *intervención del caudal hereditario* (cfr. arts. 392-II y 1.030 Cc), lo que corresponda, incluso nombrar administrador (cfr. art. 398-III Cc).

la herencia en liquidación a esta clase de *titularidad interina* en el juicio de testamentaría promovido por los acreedores hereditarios. Por consiguiente, aunque la partición judicial haya quedado definitivamente aprobada, continuará el régimen de intervención y de administración y disposición de los bienes hereditarios. Pero parece que con alguna precisión que es consecuencia de que en esta *situación jurídica interina* concurren, junto a los intereses de los acreedores hereditarios, los intereses de los respectivos adjudicatarios de cada bien, para los que la plena efectividad de las adjudicaciones, hechas en la partición definitivamente aprobada, está pendiente, sólo, de que el interés de los acreedores hereditarios en la seguridad de sus créditos quede debidamente satisfecho. Parece, en consecuencia que, al decidirse los actos de gestión o disposición relativos a bienes determinados hay un criterio nuevo que, a ser posible, deberá respetarse por la *titularidad interina*: que el acto de gestión o disposición no rompa el principio de la posible igualdad *in natura* de los bienes adjudicados, tal como había resultado cumplido en la partición definitivamente aprobada.

b´) *La cuestión de la significación sustantiva de la suspensión de la entrega en relación con la transmisión de la propiedad de los bienes adjudicados*

Conforme al Código civil, para que los adjudicatarios adquieran la propiedad de los bienes que en la partición les corresponde, no se exige el requisito de la *traditio*. La adquisición en estos casos se produce siempre, no «como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» sino «por sucesión testada e intestada» (cfr. art. 609 CC). Los herederos adquieren directamente del causante de la herencia, al que sustituyen en sus derechos «por el hecho sólo de su muerte» (cfr. art. 661 CC). Los efectos de la aceptación del heredero «se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda» (cfr. art. 989 CC). La partición hereditaria no constituye un título distinto de adquisición sino que simplemente *determina* (cfr. art. 14.II LH) qué bienes hereditarios son los que hereda en *exclusividad* cada coheredero (cfr. art. 1068 CC). En cuanto a la *adquisición* de la propiedad de los bienes que le han sido adjudicados, cada coheredero, por la partición, viene a quedar en la situación que tendría, desde que hubiera aceptado, el heredero único en cuanto a la adquisición de todos los bienes hereditarios. El título fundamental de adquisición es, en uno y otro caso, el de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH).

Tampoco el derecho de posesión de los bienes heredados se adquiere por *cesión* (cfr. art. 460.2.º CC). El derecho de posesión

es uno de los derechos que integran la herencia (cfr. art. 659 CC), y en los cuales «los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte» (cfr. art. 661 CC). «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia» (cfr. arts. 440 y 989 CC). Y con la partición de la herencia simplemente lo que ocurre es que se entenderá que cada coheredero ha poseído *exclusivamente* los bienes hereditarios que se le adjudicaron (cfr. arts. 392.II y 450 CC).

Si, en el caso de *oposición* de los acreedores hereditarios a *que se lleve a efecto la partición*, los herederos adjudicatarios no adquieren todavía el ejercicio *efectivo* de la propiedad de los bienes que les corresponde, no es, consiguientemente, porque falte el requisito, innecesario, de la *traditio*. La posesión de los bienes sigue, pues, retenida por quienes continuarán con la *titularidad interina* de los bienes hereditarios. A pesar de que la partición ya está definitivamente aprobada, el adjudicatario no entrará en el ejercicio *efectivo* de la propiedad en tanto los créditos hereditarios subsistan o el interés de esos acreedores en la seguridad de sus créditos no quede debidamente satisfecho.

c') *Terminación de la situación interina*

La sujeción del patrimonio hereditario a *titularidad interina* y la suspensión de efectos de la partición judicial definitivamente aprobada, como están establecidas en protección del interés de los acreedores en la seguridad de sus créditos, terminarán cuando «se les pague o afiance el importe de sus créditos» (cfr. arts. 1082 CC y 782.4 y 796.3 LEC). Por tanto, llegado este caso, cesará la intervención del caudal hereditario (cfr. art. 796.3 LEC) y la partición aprobada *se llevará a efecto* sin las limitaciones a que se refiere el artículo 788 LEC. Se procederá, pues, «a entregar a cada uno de los interesados» lo que en la partición «le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad –(cfr. arts. 1065 y 1066 CC)– poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación». Nos parece que es éste el momento de proceder a la protocolización de la partición a que se refiere el artículo 788.2 LEC porque, mientras dure la *titularidad interina* con sus poderes de disposición, hay indeterminación sobre los bienes que, finalmente, serán entregados a cada adjudicatario. Luego que sea protocolizada la partición, «se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos» (cfr. art. 788.2 LEC). Y podrá, ya, inscribirse la atribución

de la propiedad exclusiva y libre de cada bien adjudicado mediante ese testimonio notarial.

Sobre la procedencia de la cancelación de otros asientos registrales, véase IV-D-2.

E. ¿CABE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE HERENCIA POR EL SOLO ACUERDO DE LOS COHEREDEROS Y LEGATARIOS DE PARTE ALÍCUOTA?

Es indudable que, si aún no se hubiera formulado por ningún acreedor hereditario la petición de *oposición* a que se lleve a efecto la partición, podrán los coherederos y legatarios de parte alícuota terminar el procedimiento de división de la herencia, en cualquier estado del juicio, si lo solicitan de común acuerdo (cfr. art. 789 LEC).

Mas ¿seguirá siendo posible esta terminación cuando ya han formulado los acreedores hereditarios la *petición de oposición*? Si nos referimos al proceso universal, en su conjunto, con la nueva complejidad sobrevenida, la contestación negativa deriva del mismo artículo 789 LEC: se necesita que en el acuerdo de terminación del proceso concurra el consentimiento de los acreedores intervinientes porque ellos también tienen ya la calidad de *interesados* o *partes* (cfr. arts. 13.3 y 793.2 y 3 LEC).

Ahora bien, en este juicio *universal* de división de herencia se tramitan conjuntamente actuaciones procesales que tienen por objeto diferentes pretensiones, la de los coherederos y legatarios de parte alícuota y la de los acreedores hereditarios. Pues bien, por cuanto hace a la pretensión inicial, es decir, a la pretensión de los coherederos y legatarios de parte alícuota, como ellos son los únicos demandantes y demandados, podrán convenir *entre ellos* lo que quieran sobre la materia que es objeto de su pretensión: el *modo* de hacer la partición. El proceso, aun después de entablado, sigue siendo considerado, respecto de los coherederos y legatarios de parte alícuota, como el último remedio para *cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacer la partición* (cfr. art. 1059 CC). Por tanto, podrán los coherederos y legatarios de parte alícuota terminar el procedimiento de división de la herencia, en cuanto a su pretensión específica, en cualquier estado del juicio, si lo solicitan de común acuerdo (cfr. art. 789 LEC). Pero por cuanto hace a la pretensión de cualquier acreedor hereditario integrada en el proceso universal, es decir, por cuanto hace a la *petición* formulada por los acreedores hereditarios en ejercicio de la facultad

que les confiere el artículo 1082 CC, no cabe, en cambio, que el solo acuerdo de coherederos y legatarios de parte alícuota tenga el efecto de terminar con las actuaciones judiciales correspondientes a esa *petición*. El procedimiento continuará, pero ya sólo, por cuanto afecta a la pretensión de los acreedores hereditarios, como procedimiento para conseguir que, en tanto que no se les pague o afiance el importe de sus créditos, persista la *traba* o *intervención* del caudal hereditario y que, en su día, *cualquier partición de la herencia no se lleve todavía a efecto*.

IV. LAS ACTUACIONES PROCESALES CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE CONFIERE EL ARTÍCULO 1082 CC FUERA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE HERENCIA

A. NOTAS CARACTERÍSTICAS

Estas actuaciones tienen, por sí, igual objeto y alcance que las que produce el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC dentro del procedimiento de división de herencia. La diferencia es puramente procesal: no es que los acreedores *intervengan* en un procedimiento ya entablado, sino que ellos son, ahora, la parte actora. La pretensión de los acreedores hereditarios produce, en uno y otro procedimiento, el mismo *enfrentamiento de partes*: cada uno de los acreedores que ejerciten la facultad se ha de enfrentar con quienes tengan la *titularidad en propiedad* y, en general, con quienes tengan las facultades o poderes de gestión y disposición sobre los bienes de la herencia que van a ser afectadas con la pretensión (cfr. art. 793.3 LEC). Y éstos son ahora, desde el inicio del procedimiento, los *demandados*.

En este procedimiento puede, también, ocurrir, cuando son varios los acreedores hereditarios, que unos se abstengan de ejercer la facultad que les confiere el artículo 1082 y que, por el contrario, otros la ejerciten. Todos aquellos que ejerciten la facultad –a la vez y simultáneamente, o después y personándose mediante un acto de *intervención* como parte– adoptan la misma condición de actores. Pero la pretensión de cada acreedor atiende a intereses que son sólo suyos y abre, por tanto, actuaciones procesales que mantienen autonomía, aunque en general una misma tramitación valga para la actuación de las respectivas pretensiones de los distintos acreedores hereditarios.

B. PRESUPUESTOS ESPECIALES

1. La pretensión de los acreedores hereditarios en cuanto objeto del procedimiento

La pretensión de los acreedores hereditarios de que se intervenga el caudal hereditario sigue caracterizándose por las notas que caracterizaban esa misma pretensión antes de la vigente LEC, cuando la formulaban en el llamado juicio de testamentaría. El ejercicio de la facultad sustantiva que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC envuelve, con el alcance que ya vimos en II-C-3, tres peticiones que, más que peticiones distintas, constituyen sólo distintos aspectos o caras inseparables y complementarios de una única pretensión:

1.^a La petición, en primer lugar, de que el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y su sujeción a administración especial. Esta *titularidad interina* prevalece ya sobre la *titularidad en propiedad* que corresponde a los herederos; y predetermina el alcance con que la partición, realizada o por realizar, *no se llevará a efecto*. Y, haya o no partición de la herencia entre los coherederos, la intervención del caudal hereditario y la consiguiente titularidad interina terminarán cuando a los acreedores hereditarios se les pague o afiance el importe de sus créditos.

2.^a La solicitud de que *no se lleve a efecto* la partición de la herencia, la ya realizada o la que esté todavía por realizar, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, prevaleciendo entretanto la *titularidad interina* frente a la *titularidad en propiedad* de los bienes hereditarios. Ya vimos en II-A-2 las razones para sostener que, a efectos del ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad sustantiva que confiere el artículo 1082 CC, son conceptos equivalentes instar la intervención judicial del caudal hereditario y formular oposición a que la partición de herencia, la realizada o la que está todavía por realizar, *se lleve a efecto*.

3.^a La solicitud que, implícitamente, comporta el condicionamiento a que se somete esta paralización *interina* de la efectividad de la adquisición de la propiedad por *sucesión*: si los coherederos y legatarios de parte alícuota quieren que tenga plena efectividad la *titularidad en propiedad* que, sobre los bienes hereditarios, deriva de la sucesión y que, en su caso, se concreta o se concretará con la partición de la herencia, habrá de efectuarse previamente el pago o el afianzamiento de los créditos (cfr. arts. 1082 CC y 796.3 LEC).

Pero, procesalmente, en realidad ni se pretende el pago ni se pretende, alternativamente, el afianzamiento. La pretensión procesal de los acreedores hereditarios quedará colmada simplemente por el hecho de que el patrimonio hereditario seguirá sujeto a la *titularidad interina* y no podrá *llevarse a efecto* la partición, realizada o por realizar, en tanto no se les pague o afiance el importe de los créditos, lo que, como ya dijimos en II-C-3, constituye ya, por sí, una garantía de estos créditos.

2. **Casos en que es posible el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC en el procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario**

a) *Posiciones de la doctrina*

Es frecuente entre los autores sostener una doctrina restrictiva sobre los casos y condiciones en que los acreedores hereditarios pueden ejercitar la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC a través del *procedimiento de intervención judicial del caudal hereditario*.

Quienes sostengan que, con arreglo a la nueva LEC, sólo es posible el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 1082 CC dentro del procedimiento de división de la herencia negarán la posibilidad de su ejercicio en los múltiples casos, ya vistos, en que no sea promovido el procedimiento de división de herencia, ya porque los coherederos o legatarios de parte alícuota no puedan promoverlo, ya porque no quieran promoverlo.

En cualquier caso, quienes estimen que el artículo 1082 CC confiere la facultad de oponerse al acto mismo de la partición de herencia, o, simplemente, que confiere una facultad que presupone la indivisión hereditaria, habrán de estimar que carecerán de la facultad si hay un solo heredero (y así se entendió por S de 29 diciembre de 1988); o si, aunque haya varios coherederos o legatarios de parte alícuota, la partición ya está realizada, judicial o extrajudicialmente.

También hay posiciones restrictivas menos drásticas. Pedraz Penalva y Cabezudo Rodríguez aceptan, si, —como ya anticipamos en nota 13— que los acreedores pueden «instar la intervención judicial incluso aunque haya un único heredero o la herencia ya se haya partido, esto es, aun cuando fuera innecesario el procedimiento divisorio o efectuada la partición, voluntaria o judicialmente, siempre y cuando no sea efectiva la *traditio* de los bienes a los herederos». En los *Comentarios al Código Civil* coordinados por Berco-

vitz³⁰ —y como, en parte, vimos en nota 16 del presente trabajo—, se estima que el ejercicio de la facultad que el artículo 792 LEC concede a los acreedores hereditarios es posible mientras no se haya realizado la partición o «en cualquier momento antes de la entrega de los bienes a los herederos y legatarios (consumación de la partición), a tenor de lo dispuesto en el artículo 782.4 LEC, disposición que ha de ser completada con lo dispuesto en el artículo 788.3 LEC»; según el comentarista, cabe el ejercicio de la facultad aunque se trate de partición encomendada a contador partidor y, en cambio, no cabe «cuando la partición es realizada por el testador. pues a tenor del artículo 1056 la partición es eficaz desde la delación»; pero sí cabe, en el caso de heredero único, que los acreedores hereditarios puedan también acudir «al remedio de los artículos 1082 y 1093 CC» (parece que querrá referirse al art. 1082 CC y al art. 1093 de la LEC de 1881, aunque el libro parte de la vigencia de la nueva LEC).

b) *Nuestra posición*³¹

En nuestro Derecho el término *partición de herencia* designa un fenómeno más complejo que el del simple reparto de los bienes hereditarios entre los coherederos, porque comprende también las operaciones de liquidación (cfr. V., párrafo inicial). Desde este punto de vista y dado lo que dispone el artículo 1082 CC, aunque en la *partición* concurra el consentimiento de todos los coherederos y legatarios de parte alícuota, la *participación* no quedará ultimada en tanto no se pague o afiance el importe de los créditos que pesan sobre la herencia.

Por otra parte, la nueva LEC, como *Ley procesal* que es, debe ser entendida, en principio, en conformidad con el sistema *sustantivo* que resulta del artículo 1082 CC y que, a su vez, se había atendido a las disposiciones que regulaban el juicio de testamentaría en la antigua LEC. La *facultad procesal*, reconocida a los acreedores hereditarios por la LEC de 1881, de promover la intervención judicial del patrimonio hereditario (*de promover el juicio de testamentaría*) (cfr. arts. 1038.4.º y 1093 LEC de 1881) se reconocía, como

³⁰ *Comentarios*, coordinados por BERCOVITZ (R), artículo 1082, p. 1246.

³¹ En primer lugar, debe hacerse una aclaración en relación con la *remisión* que hace el apartado 2 del artículo 792 LEC a «lo establecido en el apartado 2.º del artículo anterior» y cuya insuficiente redacción puede explicar los silencios de alguna doctrina. Esta remisión no significa que, por aplicación de este ap. 2.º del artículo 791, para que los acreedores hereditarios puedan «pedir la intervención del caudal hereditario» el causante haya de haber fallecido sin testar. Tal conclusión estaría en contradicción con los mismos términos literales del artículo 792.2, pues entre los acreedores legitimados para pedir esa intervención están los acreedores reconocidos como tales en «el testamento». Lo que se decide con la *remisión* es simplemente el alcance de la «intervención» que pueden pedir los acreedores hereditarios.

ahora hace el artículo 792.2 de la nueva LEC, con total amplitud y sin distinguir si, por decisión, del testador o de los llamados a la herencia, eran uno o varios los herederos; o si cada uno de los varios herederos era, ya, por las determinaciones de la partición hecha, adquirente único *por sucesión* de su lote de bienes hereditarios.

La facultad que la *Ley* (cfr. arts. 1082 CC y 792.2 LEC) confiere a los acreedores en garantía del pago de sus créditos afecta a todo el patrimonio hereditario y, al ser una facultad más de las que pasan a integrar el contenido de los derechos de crédito, no puede ser menoscabada –no sería lógica otra conclusión– por ningún acto u omisión del deudor o de los deudores (es decir, de *quien* o de *quienes*, por la sucesión universal, ocupen en el patrimonio afectado por las deudas la posición del causante)³². Seguirá, pues, la misma facultad, sean uno, varios o ninguno los llamados como herederos, y cualesquiera que sean las vicisitudes de la aceptación. Persistirá igualmente la misma facultad de los acreedores hereditarios si la herencia aún no ha sido aceptada (situación de herencia yacente: cfr. arts. 1020 CC y 6.1.4.º, 7.5.º, 792.2, 793.3.2.º, 5.º y 6.º, y 798 LEC); si de los llamados, resultan ser uno, varios o ninguno los herederos aceptantes; si los que aceptan, lo hacen con o sin beneficio de inventario; o si toda la herencia se distribuyó en legados. Tampoco menoscabará la facultad de los acreedores hereditarios el que el causante haya nombrado administrador de la herencia, o el que haya nombrado comisario o contador-partidor, o que la intervención judicial del caudal hereditario «hubiera sido expresamente prohibida por disposición testamentaria» (comp. art. 792.1.2.º y 2), pues el causante ningún poder tenía, en cuanto deudor, para menoscabar *unilateralmente* las facultades que integrarán el contenido legal de los créditos hereditarios.

Igualmente es indiferente si la herencia está en situación de indivisión o si, por el contrario, está ya partida y los respectivos lotes de bienes *entregados*. El acto por el que se deja la herencia a un único heredero o los actos de partición son, en relación con los acreedores hereditarios, actos que unilateralmente deciden el deudor (el causante) o deudores (los herederos) y que afectan a la esfera interna de la *titularidad en propiedad* del patrimonio hereditario, la cual corresponde igualmente, por *sucesión*, a los herederos desde la muerte del causante. Como los acreedores hereditarios no son necesariamente parte en ninguno de estos actos, no quedarán menoscabados en sus facultades de acreedor del causante: *res inter alios acta nec nocet nec prodest*.

³² Sostuvimos, ya, esta posición en *La herencia*, § 173.

No puede afectarles, pues, la partición que por sí haga el testador. Tampoco la partición que, quizá precipitada y clandestinamente (los acreedores hereditarios pueden ignorar incluso que el deudor ha muerto) acuerden entre sí los coherederos. Los contratos, por principio, «sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (cfr. art. 1257 CC). Ni siquiera menoscabará la facultad que a los acreedores hereditarios confieren los artículos 1082 CC y 792.2 LEC, la misma partición llevada a efecto (con entrega de bienes) en un *procedimiento judicial especial de división de la herencia* si los acreedores hereditarios no se personaron en él ejercitando su facultad de *oponerse a que se llevare a efecto* la partición (cfr. III-C-1 y D-1).

Para cualquiera de los tipos de partición de la *comunidad* hereditaria regirá lo dispuesto en el artículo 405 CC para las *comunidades de bienes* (cfr. art. 392.II CC). Según el artículo 405 CC, la división de una cosa común –en estos casos, la división de una herencia– no perjudicará a tercero, ni, en concreto, a los terceros titulares de *derechos personales*; estos derechos personales persistirán con la misma *fuerza*. Los acreedores seguirán, pues, con todas sus posibilidades de acción y, entre ellas, con la facultad de instar la intervención del caudal hereditario y evitar así, en la medida en que lo exija el sometimiento del caudal hereditario a esta intervención y consiguiente administración especial, que la partición ya hecha siga teniendo efectos, en tanto no se les pague o se les afiance el importe de sus créditos.

C. RÉGIMEN DE LA TRAMITACIÓN POR CUANTO HACE A LOS ACREEDORES HEREDITARIOS

1. Los acreedores hereditarios mismos son los que, en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 1082 CC, promueven el procedimiento en el que instan la intervención judicial de caudal hereditario. La petición de los acreedores habrá de atenerse a las exigencias que la LEC establece para las demandas (cfr. art. 399 LEC). Con la petición se acompañarán los documentos ordinariamente exigidos y, entre ellos, los que acreditan que el peticionario está legitimado al efecto conforme a las exigencias que establece el artículo 792.2 LEC

2. Acordada la intervención del caudal hereditario, el tribunal ordenará por auto, si no se hubiere efectuado anteriormente, la adopción de las medidas *indispensables* para la seguridad de los bienes y de los libros, papeles y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación (cfr. arts. 791.2, 792.2 y 793.1 LEC).

En el mismo auto se ordenará la *citación* para la formación del inventario (cfr. art. 793.2 y 3 LEC). El precepto es importante porque viene a determinar quiénes, por ser los *interesados*, han de ser considerados *partes* en el proceso (se emplea el término *parte* o *partes* en los arts. 799.3 y 800.2 LEC). Y entre ellos, no están comprendidos todos los acreedores hereditarios sino sólo «los acreedores a cuya instancia se haya decretado la intervención del caudal hereditario» (cfr. art. 793.4.º LEC) (no hablamos ahora del caso en que estuviere entablado el procedimiento especial de división de la herencia).

3. Hecho el inventario, determinará el tribunal lo que, según las circunstancias, corresponda sobre la custodia, conservación y administración del caudal. con sujeción a las reglas que la LEC establece (cfr. art. 795 LEC).

Por efecto de la intervención judicial, la masa patrimonial hereditaria va a estar sujeta a un régimen especial de administración. intervenido judicialmente. Nombrado (por el tribunal) el administrador y prestada por éste la caución, se le pondrá en posesión de su cargo (cfr. art. 797.1 LEC).

«Podrá hacerse constar en el Registro de la Propiedad el estado de administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador mediante el correspondiente mandamiento judicial» (cfr. art. 797.3 LEC).

El administrador es, en adelante, el órgano de gestión y representación legal, en juicio y fuera de él, de la masa patrimonial «en lo que se refiere a la administración del caudal, su custodia y conservación» (cfr. art. 798 LEC) y con las potestades, limitaciones y salvedades que la Ley señala.

«El administrador está obligado, bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes de la herencia». Para las reparaciones o gastos extraordinarios, el Juzgado, cumplidos los trámites que la Ley establece, entre los que está la audiencia de «los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario», «resolverá lo que estime conveniente, atendidas las circunstancias del caso» (cfr. arts. 793.3 y 801 LEC).

«El administrador *no podrá enajenar ni gravar* los bienes inventariados», salvo las excepciones que la Ley señala, entre las que están la enajenación de «los bienes que sean necesarios para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones de administración de la herencia» (cfr. art. 803 LEC). En los casos en que es posible la venta, se requiere propuesta del administrador, y decisión del tribunal, previa audiencia de quienes sean parte en el procedimiento, entre los que estarán «los acreedores a cuya instancia se hubiere

decretado la intervención del caudal hereditario» (cfr. arts. 793.3 y 803.3 LEC). En general, la venta ha de verificarse en pública subasta conforme a lo legalmente establecido (cfr. art. 803.3 LEC).

De la LEC se deriva, también, la legitimación, como *partes*, de los citados acreedores hereditarios para instruirse de las rendiciones periódicas de cuentas que ha de prestar el administrador, a fin de inspeccionar la administración o promover medidas sobre rectificación o aprobación de las cuentas (cfr. art. 799.3 LEC). También deben serles puestas de manifiesto las cuentas finales del administrador que cese en el desempeño de su cargo, y los acreedores hereditarios podrán impugnarlas (cfr. art. 800 LEC).

4. Conforme a la LEC, prevalecerán las disposiciones testamentarias, sobre las disposiciones de la Ley, en diferentes cuestiones relativas a la intervención y administración del caudal hereditario: formación del inventario (cfr. art. 794.2 LEC); administración, custodia y conservación del caudal y, en particular, sobre el depósito del metálico y efectos públicos, nombramiento de administrador y caución que ha de prestar (cfr. art. 795 LEC). Pero entendemos que estas disposiciones del testador no podrán tener aplicación en la medida en que supongan menoscabo de los derechos que, conforme a la Ley sustantiva, no están a disposición del testador (como ocurre con los derechos de los acreedores hereditarios o los de los herederos forzosos). Los acreedores podrán, pues, pedir que se cumplan los trámites con las garantías que las leyes establecen, sin que puedan afectarles las determinaciones del testador, las cuales sí afectarán, en general, a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (cfr. art. 792.1.2.º LEC).

D. EFICACIA DE LA INTERVENCIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO

1. Eficacia procesal

Las resoluciones judiciales que se dicten en este procedimiento sólo afectarán a los acreedores hereditarios que lo hayan promovido o que, después de entablado, se hayan constituido en él como partes intervinientes. Respecto de los demás acreedores hereditarios, lo acordado en el procedimiento será *res inter alios acta*.

¿Cómo afectan a los herederos y legatarios de parte alícuota las actuaciones de la intervención judicial del caudal hereditario? Los herederos y legatarios de parte alícuota, a pesar de ser o haber sido parte en el procedimiento de *intervención del caudal hereditario*

promovido por los acreedores hereditarios, mantendrán íntegra la facultad, que a cada uno de ellos corresponde, de promover el *procedimiento de división de la herencia*, porque se trata de procedimientos con distinto objeto. Y, en su caso, las actuaciones correspondientes al procedimiento de división serán integradas en las actuaciones relativas a la intervención judicial del caudal hereditario (cfr. II-B-2-b).

2. Eficacia sustantiva

El ejercicio por los acreedores hereditarios de la facultad sustantiva que les confiere el artículo 1082 CC tiene como su natural efecto, desde que se produjo, el que el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la *titularidad interina* que significan la intervención judicial del mismo y su sujeción a administración especial, y ello ya determina que, *en garantía de los créditos*, prevalezcan los poderes que corresponden a esta *titularidad interina* sobre las facultades que por la *titularidad en propiedad* correspondan, según el caso, al único heredero, al conjunto de los coherederos o a cada uno de los herederos adjudicatarios. En su caso, quedará *en suspenso* la efectividad de la partición: la ya realizada o la que, en su día, se llegue a realizar. La partición, en estos casos, tendrá que sufrir la misma paralización de efectos (que ya vimos en III-D-2) que sufriría la misma *partición judicial definitivamente aprobada* en un *procedimiento de división de la herencia* cuando en él hayan ejercitado los acreedores hereditarios la facultad que les confiere el artículo 1082 CC. No hay razón para que las facultades dominicales de los que sean o lleguen a ser adjudicatarios en una partición extrajudicial hayan de quedar menos afectadas que lo que lo son en la partición judicial definitivamente aprobada. El alcance sustantivo del ejercicio de la misma facultad sustantiva no debe variar por la accidentalidad de que –por los actos o por las omisiones imputables al deudor o deudores– el tipo de procedimiento accesible sea uno u otro. La consecuencia de este razonamiento es que las reglas que establecen los efectos sustantivos para el procedimiento de intervención judicial del caudal han de completarse, si la partición se había producido ya entre los coherederos o si después llega a producirse judicial o extrajudicialmente, con las que se establecen para el procedimiento de división de herencia.

Las limitaciones que sufre la *titularidad en propiedad* durarán en tanto que los créditos pertenecientes a los acreedores hereditarios no sean pagados o afianzados (cfr. art. 1082 CC) Como esta-

blece la LEC, «no se acordará la cesación de la intervención hasta que se produzca el pago o afianzamiento» (cfr. art. 796.3). El mismo tribunal que acuerda ahora la cesación de la intervención es también el competente para ordenar las siguientes cancelaciones (cfr. arts. 52.1.4.º y 797.3 LEC, 46.II, 57, 83 y 84 LH y 146 RH):

- 1.º Las de las anotaciones preventivas del derecho hereditario que se hubieren practicado a instancia de los acreedores hereditarios cuyos créditos hayan quedado pagados o debidamente afianzados.
- 2.º La del asiento por el que se hubiera hecho constar en el Registro «el estado de administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador».

V. APLICABILIDAD DE LA FACULTAD QUE EL ARTÍCULO 1082 CC CONFIERE A LOS ACREEDORES HEREDITARIOS, A QUIENES SEAN ACREEDORES DE CUALESQUIERA OTROS PATRIMONIOS COLECTIVOS EN LIQUIDACIÓN

Conviene hacer, en apoyo de las interpretaciones que se propugnan, una aclaración terminológica. En las denominaciones legales del fenómeno –complejo– de la *partición-liquidación* de los patrimonios separados colectivos, es frecuente que, para nombrar el todo, se empleen vocablos que se refieren sólo a una parte del fenómeno. Unas veces predomina el concepto *partición* o *división* y otras el de *liquidación*. Característicamente se denomina *partición* cuando se trata del patrimonio hereditario. Pero es evidente que bajo la denominación *partición de herencia* se comprenden no sólo las operaciones relativas a la formación de los lotes de bienes hereditarios que han de adjudicarse a cada uno de los partícipes, sino también las operaciones relativas a la *liquidación* y al pago o al aseguramiento de las deudas hereditarias (cfr. las referencias de nota 28). También la denominación *división de la herencia* tiene este amplio sentido tanto en el Código civil (cfr. art. 966 CC) como en la vigente LEC, pues dentro del capítulo que este cuerpo legal dedica a los procedimientos relativos a *la división de la herencia* hay reglas que se refieren a las operaciones de *liquidación* y al pago o aseguramiento de las deudas hereditarias. En cambio, el mismo fenómeno complejo de *partición-liquidación* suele denominarse *liquidación* cuando se produce en el patrimonio ganancial.

Estimamos que las reglas sobre la liquidación-partición de la herencia, es decir, sobre la liquidación-partición del patrimonio personal de cualquier persona física cuando por la muerte del suje-

to el patrimonio entra en liquidación, tienen también aplicación en todo tipo de patrimonios separados colectivos que entren en liquidación, a salvo, naturalmente, las disposiciones específicas de cada tipo de patrimonio. Y, entre las reglas de la partición de herencia aplicables, estarán, también, las que determinan los poderes de los acreedores sobre el patrimonio hereditario. Gozarán, pues, los titulares de créditos frente al patrimonio colectivo de la facultad que el artículo 1082 CC confiere a los acreedores para oponerse *a que se lleve a efecto la partición* «hasta que se les pague o afiance el importe» de los créditos. Asimismo se aplicarán los preceptos de la LEC que desarrollan el artículo 1082 CC dentro del título dedicado a *la división judicial de patrimonios* y a regular el procedimiento para la división de la herencia y el procedimiento de intervención del caudal hereditario.

¿Por qué estimamos que son aplicables las reglas sobre la liquidación de la herencia a la liquidación de todo tipo de patrimonios separados colectivos?

Para explicar la pertinencia de esta aplicación no es necesario acudir a la *analogía* (cfr. art. 4.1 CC), aunque es evidente que en la partición-liquidación de todos los patrimonios separados colectivos se plantean conflictos de intereses análogos a los que se resuelven en las reglas que rigen la partición-liquidación de la herencia. Hay preceptos del Código civil que *directamente* establecen con carácter general que son aplicables dichas reglas a los patrimonios separados colectivos y hay también otros preceptos que confirman esta aplicabilidad para determinados tipos de patrimonios separados colectivos.

A. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIQUIDACIÓN-PARTICIÓN DE LOS PATRIMONIOS SEPARADOS COLECTIVOS

1. Del artículo 392 del Código resulta que, «a falta de contratos, o de disposiciones especiales», a cualquier comunidad sobre cosas y derechos le serán directamente aplicables las reglas del capítulo dedicado a la *comunidad de bienes*. Por tanto, si de las disposiciones especiales no resulta nada en contrario, las cuestiones que planteen las comunidades de los patrimonios colectivos habrán de resolverse directamente por las reglas ordinarias de la comunidad de bienes. Y, más específicamente, el artículo 406 CC establece, para todas las comunidades, que les serán aplicables, cuando entren en liquidación, las reglas del Código civil sobre la partición-liquidación de la herencia.

2. Ya el profesor De Castro había señalado, en su obra *Temas de Derecho Civil*, que la regulación de la comunidad, en nuestro Derecho, no se ajusta enteramente al patrón doctrinal del condominio romano; y más concretamente, en su *Derecho civil de España*, sostiene que en el concepto *comunidad de bienes* entra la *copropiedad* en cada cosa y derecho y entra, también, la cotitularidad sobre un patrimonio³³. En esta dirección, hemos señalado nosotros³⁴ que en el Código civil la regulación de la *comunidad de bienes* comprende reglas que tienen claramente aplicación directa cuando la comunidad es expresión de la cotitularidad de un patrimonio. Así ocurre, característicamente, en relación con estas dos cuestiones: la legitimación de los *cesionarios* de los partícipes para pedir la partición y la existencia y pervivencia de deudas de la comunidad.

– En la comunidad que directamente recae sobre una cosa concreta –en la *copropiedad*– la transmisión del derecho del comunero significa la sustitución plena en la posición jurídico-real que el enajenante tenía directamente sobre la cosa y, por tanto, el adquirente tendrá, en relación con la división de la cosa común, la posición misma del comunero originario. En cambio, no ocurre lo mismo cuando lo que es objeto de cesión por un comunero es su participación en la *cotitularidad de un patrimonio* (en la masa patrimonial que integra derechos y *deudas*), porque entonces la cesión que hace, por sí solo, el comunero no significa la sustitución en la posición misma del comunero –unida, con frecuencia, a una cualidad personalísima como la de heredero– en la cotitularidad de bienes y *deudas*. Pues bien, es a este tipo de *comunidad de bienes* y no a la *copropiedad* a las que se aplicará directamente la regla del Código civil según la cual, en las operaciones relativas a la división de la cosa común, el *cesionario* del comunero no tendrá, por propio derecho, la facultad de pedir la división de la cosa común, o la de ser parte en ella (a salvo las facultades irrevocables de *representación* que comporte la *cesión*); por propio derecho sólo tendrá las facultades que también se asignan a los acreedores de los partícipes y que tienen por fin evitar que la división se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (cfr. art. 403 CC).

– La regla del Código civil que prevé que la *comunidad de bienes* misma pueda tener obligaciones propias (derechos personales *contra la comunidad*) y que éstas pervivirán intactas tras la división de la cosa común (cfr. art. 405 CC), tiene exacta aplicación,

³³ DE CASTRO, *Temas*, pp. 63-64; *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., pp. 653 y 654 y nota 1 de esta página.

³⁴ Últimamente, en *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.ª ed., I, pp. 496 ss.

con la generalidad con la que el Código la redacta, en los casos de comunidades que consistan en patrimonios colectivos.

3. Sostenemos, pues, que la regulación de la *comunidad de bienes* en nuestro Derecho abarca, no sólo los casos en que una cosa o un derecho individualmente determinados pertenece directamente a varias personas, sino también los casos en que «las varias personas» a que se refiere el artículo 392.I CC son los copartícipes en la titularidad de un patrimonio separado colectivo. Consiguientemente, también habrá de regir para todo tipo de comunidades, incluidos los llamados patrimonios colectivos, y a salvo las disposiciones especiales, lo que, sobre «la división entre los partícipes en la comunidad» establece el artículo 406: que serán aplicables «las reglas concernientes a la división de la herencia».

Ahora bien, por exigirlo el régimen especial del tipo de comunidad en cuestión, la aplicación de «las reglas concernientes a la división de la herencia» habrá de tener distinto alcance, sustantivo y procesal, según se trate de la *división* de una comunidad que tiene por objeto *directo* una cosa o se trate de la *división* de un patrimonio colectivo:

– Si la *división* se refiere a una comunidad que tiene por objeto directo una cosa individualizada, es decir a una *copropiedad*, el ámbito de reglas concernientes a la división de la herencia que son aplicables es muy reducido, porque no se presentan las cuestiones que plantea la *partición-liquidación* de los patrimonios colectivos ni, en particular, la consideración que en la *partición-liquidación* hayan de tener las personas que tengan créditos frente al patrimonio.

Para empezar, no tendrá aplicación la regla contenida en el artículo 1059 CC según la cual, cuando los partícipes no se entendieren sobre el modo de hacer la partición de herencia, «quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (expresión que, al tiempo en que entra en vigor el Código civil, se refería al procedimiento especialmente establecidos en la LEC de 1881 para la partición-liquidación de herencia: el llamado juicio de testamentaría). En esta línea, una reiterada jurisprudencia había ya establecido, con anterioridad a la LEC de 2000, que el proceso aplicable para ejercitar la acción de división no es el juicio de testamentaría, sino, directamente, el proceso declarativo que por la cuantía corresponda. También la nueva LEC distingue, para la determinación de la cuantía, la *acción de división de la cosa común* (cfr. art. 251.3.^o LEC) y «los pleitos relativos a una *herencia* o a un conjunto de *masas patrimoniales* o *patrimonios* separados (cfr. art. 251.12.^a LEC).

– En cambio, si la *división* se refiere a un *patrimonio colectivo*, la expresión «las reglas concernientes a la división de la herencia» (cfr. art. 406 CC) cobra, entonces, su amplio sentido de reglas concernientes a la *partición-liquidación* del patrimonio hereditario. El ámbito de las reglas concernientes a la división de herencia que serán aplicables tendrá, entonces, la amplitud exigida por la complejidad de cuestiones que se han de decidir en las operaciones divisorias. Estarán, pues, comprendidas, las reglas que, en el capítulo del Código dedicado a regular la partición de la herencia, regulan el régimen de las deudas hereditarias y, en particular, las que regulan la facultad que a los acreedores del patrimonio en liquidación confiere el artículo 1082 CC. Y, asimismo, las reglas que, dentro de la LEC, regulan la partición de herencia y que, en la actualidad, son las contenidas en el capítulo dedicado a *la división de la herencia*.

Para el caso de que los partícipes del patrimonio colectivo «no se entendieren sobre el modo de hacer la partición», es el mismo Código civil el que expresamente nos lleva a la aplicabilidad del juicio especialmente establecido por la Ley procesal para los herederos (cfr. arts. 406 y 1059 CC). La aplicabilidad de los procedimientos que la LEC establece en desarrollo del artículo 1082 CC es corolario lógico de la aplicabilidad a los titulares de créditos contra el patrimonio colectivo en liquidación de la facultad sustantiva que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC (cfr. arts. 392 y 406 CC). Ya dijimos que la *partición-liquidación* de los patrimonios separados colectivos plantea análoga complejidad y análogos conflictos de intereses (partícipes, acreedores) que la *partición-liquidación* de la herencia y afectan igualmente al total *patrimonio*. Pues bien, la interpretación exigida por la congruencia intrínseca del sistema jurídico será aquella interpretación por la que se llegue a iguales soluciones (salvo que las diferencias que caracterizan el régimen del patrimonio separado en cuestión exijan otras soluciones) a los conflictos de intereses que sean análogos: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*.

4. De lo establecido en las reglas sobre la *comunidad de bienes* para la *partición-liquidación* de los patrimonios colectivos en general, vienen a resultar, recíprocamente, razones para una interpretación amplia del tipo de acreedores que, en la *partición-liquidación* de la herencia, gozarán de la facultad que confiere el artículo 1082 CC.

El patrimonio separado colectivo, cuando entra en liquidación, sigue siendo igualmente, un patrimonio separado colectivo y, como tal, sigue siendo susceptible de *nuevas deudas* propias: las deriva-

das de los actos o hechos imputables al ámbito de poder encomendado a los órganos o personas que tienen legalmente a su cargo la liquidación del patrimonio. Por lo que ya tenemos dicho es claro que, a salvo las disposiciones especiales, los *patrimonios colectivos*, antes y después de entrar en liquidación, se regirán directamente por las reglas que el Código civil dedica a la *comunidad de bienes* (cfr. art. 392 CC). De ello se desprende que también los acreedores que, después de entrar en liquidación el patrimonio, lleguen a ser acreedores de la masa patrimonial gozarán, por la remisión que hace el artículo 406 CC, de la facultad que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC y de las facultades procesales que la desarrollan.

La doctrina a que se llega para todos los patrimonios colectivos, respecto de las deudas contraídas contra ellos durante su liquidación, propiciará una interpretación amplia del artículo 1082 CC a fin de llegar, respecto de las deudas de liquidación, al mismo resultado cuando se trate del patrimonio hereditario mismo y, además, sin distinguir si este patrimonio está atribuido a varios herederos o a uno solo.

5. Ya hemos explicado, en relación con la partición-liquidación de la herencia, que la facultad que la Ley sustantiva (cfr. art. 1082 CC) confiere a los acreedores, al ser una facultad más de las que pasan a integrar el contenido de su derecho de crédito, no puede ser menoscabada –no sería lógica otra conclusión– por ningún hecho, acto u omisión imputable al deudor o deudores. No será, por tanto, menoscabada si por acción imputable al deudor o deudores la titularidad del patrimonio colectivo pasa a uno solo de los partícipes o si la partición ha sido ya realizada sin intervención de los acreedores.

B. RÉGIMEN DE LA LIQUIDACIÓN-PARTICIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CIVIL DISUELTA

El tratamiento jurídico de la propiedad, cuando pertenece *colectivamente* (cfr. art. 345 CC) a un conjunto de *particulares* asociados para determinados fines y que generan deudas para el conjunto, oscilaba, en la concepción de los juristas de la segunda mitad del siglo XIX, entre considerar que se trata de casos en que la propiedad pertenece *individualmente* a una entidad con personalidad jurídica independiente o considerar que se trata de casos de *propiedad colectiva* (cfr., por ej., arts. 9.º LH de 1869 y 18 –sobre el régimen de las asociaciones, una vez disueltas– de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887), es decir, de casos de *comunidad de bienes*.

Al tiempo de ultimarse el Código civil, ya está claro que las propiedades pertenecientes a *sociedades mercantiles* que, por estar constituidas *regularmente*, adquieren personalidad jurídica, no son casos de *comunidad de bienes*, sino casos de propiedad privada que pertenece *individualmente* a un solo sujeto (cfr. arts. 116 y 119-II C de c). También para el Código civil la propiedad que pertenece a las *sociedades mercantiles*, como la que pertenece a cualquier otra persona jurídica, sea de tipo asociativo o de tipo fundacional, se regirá por las disposiciones relativas a la *propiedad individual* (cfr. arts. 35.2.º y 38 CC).

En cambio, para el Código civil, las propiedades pertenecientes a *sociedades civiles* no tienen ordinariamente la consideración de propiedad privada que pertenece *individualmente* a un solo sujeto. Pues según la tesis del profesor De Castro, que compartimos y que hemos defendido con argumentos ampliamente explicados³⁵, *ordinariamente* la sociedad civil no tiene personalidad jurídica. Y es consecuencia de ello el que sean, entonces, los socios, y no la sociedad, los titulares de los bienes sociales; pero lo son en cuanto *cotitulares* del patrimonio en que se integran los bienes sociales. De las disposiciones relativas a la responsabilidad de los bienes sociales por las deudas sociales y de la situación de los acreedores *particulares* de cada socio en relación con el fondo social (cfr. arts. 1699 y 1700.3.º CC), se desprende que el patrimonio social tiene la consideración jurídica de *patrimonio separado colectivo*. Por eso la sociedad, en cuanto al régimen de esta propiedad (adquisición, posesión, registro, disposición, defensa y, en general, titularidad de los bienes), se regirá «por las disposiciones relativas a la *comunidad de bienes*» (cfr. art. 1669.II CC), a salvo las disposiciones especiales (cfr. art. 392 CC).

En las demás cuestiones que plantee la sociedad civil ordinaria (régimen de las aportaciones, derechos políticos de los socios, gestión de la sociedad, derechos económicos de los socios, responsabilidad por las deudas sociales, causas de extinción, liquidación de la sociedad), regirán, directamente, las disposiciones del Código civil sobre la sociedad (cfr. art. 1670, *sensu contrario*, CC). Como la sociedad no tiene personalidad, no es la sociedad la que contrata —como, en otro ámbito del Derecho, no es la sociedad de gananciales la que contrata—, sino que, cuando en el ejercicio de la administración social (cfr. arts. 1692-1695 y 1697-1698 CC) se contrae una deuda social, es cada uno de los socios el que resulta haber contratado en su propio nombre con los terceros (cfr. art. 1669.I CC).

³⁵ Últimamente, en *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 2.ª ed., 2006, pp. 37 ss.; y en *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., pp. 483 ss.

La deuda social contraída en el ejercicio de la administración social afectará a una doble esfera de patrimonios: al patrimonio social (cfr. art. 1699 CC); y a cada uno de los patrimonios de los socios, los cuales quedan obligados por las deudas sociales, como partícipes (cfr. art. 1704.I CC), personal e ilimitadamente, pero no solidariamente (cfr. art. 1698 CC).

La aplicación directa de las reglas del Código civil sobre la *comunidad de bienes* y su *partición-liquidación* al patrimonio social no sólo se apoya en los artículos 392 y 406 CC (por las razones vistas en A) sino que, además, está confirmada en dos preceptos específicos: En el artículo 1669.II CC, en cuanto, en términos generales, declara aplicables, como hemos visto, a las sociedades civiles sin personalidad «las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Y, en materia de *partición-liquidación*, en el artículo 1708, según el cual «la *partición* entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ellas resultan». Las reglas a que se remite el artículo 1708 CC son las mismas a que se remite el artículo 406 CC y, consiguientemente, por las razones vistas en A, también habrán de comprender las reglas sobre el régimen de las deudas hereditarias y, en particular, tanto las que regulan la facultad que a los acreedores del patrimonio en *liquidación* confiere el artículo 1082 CC como las reglas que, dentro de la LEC, desarrollan el artículo 1082 CC.

C. RÉGIMEN DE LA LIQUIDACIÓN-PARTICIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA

1. Reglas del Código civil

También el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales da lugar a una masa común de bienes atribuida conjuntamente a marido y mujer, que, como ámbito autónomo de poder y responsabilidad (como centro de imputación de derechos y obligaciones), constituye una masa patrimonial escindida de los patrimonios personales respectivamente atribuidos a uno y otro cónyuge. El patrimonio de la sociedad de gananciales es, pues, un tipo especial de patrimonio separado colectivo, y, por tener tal naturaleza, será aplicable a su *liquidación* la doctrina expuesta antes en A. En la redacción originaria del Código, además de apoyarse esta conclusión en los artículos 392 y 406 CC, se apoyaba en las mismas reglas, ya vistas, aplicables a la sociedad civil, pues, conforme al artículo 1395 CC, en su redacción origina-

ria, «la sociedad de gananciales» se había de regir «por las reglas del contrato de sociedad» en todo aquello que no se opusiera a lo expresamente determinado en el capítulo del Código que regulaba la sociedad de gananciales.

En el Código civil, en la redacción originaria y en la vigente, se dan múltiples reglas especiales –y, por tanto, de aplicación preferente– sobre la liquidación de la sociedad de gananciales. Entre ellas hay en el texto vigente dos que confirman expresamente la doctrina que ya resultaba de los artículos 392 y 406 CC sobre la aplicabilidad de las reglas de la partición de la herencia:

1.º En todo lo no previsto en el capítulo dedicado a la *liquidación de la sociedad de gananciales*, «se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia» (cfr. art. 1410 CC).

2.º «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación, los mismos derechos que le (*les*) reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias» (art. 1402 CC). Se habla en este precepto de *leyes* en plural. Por tanto, y aparte de otros derechos que a los acreedores hereditarios confiere el Código o la legislación hipotecaria, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán tanto la facultad sustantiva que a los acreedores hereditarios confiere el artículo 1082 CC, de oponerse *a que se lleve a efecto la partición* entre los copartícipes del patrimonio «hasta que se les pague o afiance el importe» de los créditos, como las facultades que, en desarrollo del artículo 1082 CC, confiere la misma ley procesal. Y, en cuanto a procedimientos –y a salvo las reglas especiales que, sobre liquidación del régimen económico matrimonial, contiene la misma LEC– regirán las reglas de la LEC sobre el *procedimiento de división de la herencia* y sobre el *procedimiento de intervención del caudal hereditario*.

Los acreedores de la sociedad de gananciales gozarán, pues, de estas facultades que la Ley Procesal confiere a los acreedores hereditarios, en desarrollo del artículo 1082 CC: 1.ª La facultad de *oponerse*, dentro del *procedimiento de partición y liquidación del patrimonio ganancial a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos* (cfr., especialmente, arts. 782.4 y 788.3 LEC). 2.ª La facultad de *oponerse*, mediante la *intervención del patrimonio ganancial, a que se lleve a efecto la partición de este patrimonio*, realizada o por realizar, *hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos* (cfr., especialmente, arts. 792.2 y 796.3 LEC).

Adviértase que el ejercicio, por los acreedores de la sociedad de gananciales, de la facultad sustantiva de oponerse a que la partición del patrimonio ganancial se lleve a efecto, hasta que el interés en la

seguridad de sus créditos quede satisfecho, no impide que los acreedores, por los mismos créditos, si no resultan suficientemente afianzados, ejerciten la misma facultad sustantiva, a que se refiere el artículo 1082 CC, respecto de la partición de la herencia del cónyuge premuerto si éste fuere, a la vez, responsable personal por esos créditos.

En cambio, los acreedores cuyos créditos fueren de la exclusiva responsabilidad personal de uno de los cónyuges, en principio sólo pueden tener, en la partición-liquidación del patrimonio ganancial, las facultades que la Ley asigna al acreedor personal de un coheredero en la partición de una herencia (cfr. arts. 1410 y 1083 CC y 782.5, 783.5 y 793.2 y 3 y concordantes LEC). Ahora bien, siempre que el cónyuge deudor haya muerto, como la *participación* de éste en el patrimonio ganancial es uno de los bienes que integran su herencia (cfr. art. 659 CC), también en la gestión o disposición de la *participación* del patrimonio ganancial –como, en su día, en la gestión o disposición de los bienes concretos que se adjudiquen en sustitución de la *participación*– prevalecerán los poderes que correspondan a la *titularidad interina* si, por haberse ejercitado la facultad que a los acreedores hereditarios del cónyuge *fallecido* confiere el artículo 1082 CC, todo el caudal de éste –del que forma parte la *participación* en el patrimonio ganancial– hubiere quedado sujeto a la consiguiente intervención judicial y administración especial³⁶.

2. Reglas generales y especiales de la LEC

Esta Ley dedica a la regulación del *procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial* un capítulo específico, que está incluido en el título dedicado a *la división de patrimonios*. Con arreglo al primer artículo de este capítulo, la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que determine –como es el caso de que el régimen económico matrimonial aplicable sea el de la sociedad de gananciales– «la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones», es decir, que determine la existencia de un patrimonio separado colectivo, «se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cón-

³⁶ Razonamiento que vale, también, respecto de los acreedores privativos de cualquier coheredero que ya *haya fallecido*, en relación con el patrimonio hereditario en liquidación en que tenga *participación* ese coheredero. Y que vale asimismo, por tanto (cfr. art. 406 CC), respecto de los acreedores privativos de cualquier comunero que ya *haya fallecido*, en relación, con cualquier otro patrimonio colectivo en liquidación en que tenga *participación* ese comunero.

yuges, con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables» (cfr. art. 806 LEC).

De este precepto de la nueva LEC y del resto de sus normas resulta: 1.º Que como regla general sigue aplicándose el régimen sustantivo y procesal que resulta del Código civil, tal como ya hemos indicado. 2.º Que tendrán aplicación preferente, en cuanto a procedimientos, las reglas especiales que resulten de los preceptos de la nueva LEC y, especialmente, las contenidas en el capítulo de la LEC dedicado a la regulación del *procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*. Pero advirtiendo que, como se verá seguidamente, estas reglas procedimentales especiales se limitan a introducir variaciones aplicables sólo en los casos determinados por esas reglas especiales.

3. Alcance de las reglas especiales de la LEC

Las reglas procedimentales especiales sólo rigen en los casos en que la disolución de la sociedad de gananciales se produzca *en virtud de una resolución judicial* que declare o decrete, bien la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio, bien la disolución de la sociedad de gananciales a demanda de uno de los cónyuges por concurrir causa legalmente suficiente (cfr. arts. 807-810 LEC y 1392 y 1393 CC). No rigen, por tanto, en los demás casos, entre los que se encuentra el caso en que la disolución de la sociedad de gananciales se produzca por la muerte de uno de los cónyuges (cfr. arts. 85 y 1392.1.º CC).

Para los casos en que rigen las reglas especiales, la LEC establece una primera etapa de trámites (inventario, medidas sobre la administración y disposición de los bienes, petición y propuesta de liquidación-partición) que, en parte, se entrecruza con la tramitación del procedimiento a que dé lugar la demanda de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, o la demanda de la disolución de la sociedad de gananciales por concurrir causa para ello (cfr. arts. 807-810 LEC). Esta primera etapa de trámites termina. 1.º Con el acuerdo expreso o *presunto* de los cónyuges sobre la liquidación-partición que proceda. Si, formulada propuesta de liquidación por uno de los cónyuges, se produce la incomparecencia del otro, sin mediar justa causa, se tendrá a éste por conforme. 2.º Por faltar dicho acuerdo.

Para el caso de haberse llegado al acuerdo, la LEC da por supuesto que los acreedores de la sociedad de gananciales no han intervenido en esta primera etapa del procedimiento para *oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance*

*el importe de sus créditos*³⁷. Por eso la LEC establece que el acuerdo de los cónyuges sobre la liquidación será consignado en acta y se llevará «a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esta Ley» (cfr. art. 810.4); es decir, con exclusión del apartado que daría satisfacción a la *petición* de los acreedores de la sociedad de gananciales por la que se hubieran opuesto a que se llevara a efecto la *partición hasta que se les pague o afianzare el importe de sus créditos*.

De no llegarse al acuerdo (expreso o presunto) de los cónyuges sobre la liquidación-partición, continuará el procedimiento de liquidación-partición del patrimonio ganancial y de conformidad, ya, con las normas del procedimiento de división de herencia. Pues, en efecto, está establecido para esta hipótesis de falta del acuerdo que «se procederá al nombramiento de contador y, en su caso, de peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes» (cfr. art. 810.5 LEC). Consiguientemente y de conformidad con los arts. 806 LEC y 1410 CC, el *procedimiento de partición-liquidación del patrimonio ganancial* promovido por cualquiera de los cónyuges, se regirá, en adelante, por las mismas normas que rigen el *procedimiento de partición-liquidación de la herencia* promovido por cualquiera de los coherederos o legatarios de parte alícuota. Serán de aplicación, pues, dichas normas, sin que pueda hacerse, ya, excepción de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 788 LEC, lo que confirma que, en esta segunda etapa del procedimiento, los acreedores de la sociedad de gananciales han podido haber formulado *oposición a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*.

Como no hay regla especial que directamente lo contradiga, también en los casos en que se puedan aplicar las reglas procedimentales especiales predichas los acreedores de la sociedad de gananciales, *una vez producida la disolución de esta sociedad* y mientras no haya procedimiento divisorio en el que puedan intervenir para ejercitar la facultad sustantiva que les confieren los arts. 1402 y 1082 CC, podrán ejercitarla instando, en el correspondiente *procedimiento especial, la intervención del patrimonio ganancial hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos* (cfr. especialmente, arts. 1082, 1402 y 1410 CC y 792.2 y 796.3 LEC).

³⁷ Como tampoco intervienen los acreedores de la sociedad de gananciales en los convenios extrajudiciales por los que los cónyuges acuerdan la liquidación-partición de la sociedad de gananciales que haya quedado disuelta por haber convenido los cónyuges un régimen distinto (cfr. art. 1392.4.º CC); o, en su caso, en los convenios reguladores sobre liquidación del régimen matrimonial a que se refiere el artículo 90 CC y concordantes del CC.

4. Régimen procesal para el caso de disolución del régimen económico matrimonial por la muerte de un cónyuge

Como la disolución del régimen económico matrimonial, con la consiguiente apertura del período de liquidación, se produce *automáticamente* por el solo hecho de la muerte de uno de los cónyuges (cfr. arts. 85 y 1392.1.º CC), no son aplicables a la liquidación-partición del patrimonio ganancial las variaciones que, en el régimen procedimental, introducen los artículos 807-810 LEC sólo para los casos de disolución de la sociedad *en virtud de una resolución judicial* que declare o decrete la disolución. En consecuencia, se aplicará, sin estas variaciones, el régimen sustantivo y procesal que resulta del Código civil y de la vigente LEC.

Cualquiera que sea el régimen económico matrimonial por el que se habían regido los cónyuges, la presencia, como parte, del cónyuge sobreviviente en las operaciones de partición-liquidación relativas al patrimonio que había dejado, a su muerte, el cónyuge premuerto está, siempre, justificada por múltiples razones. El régimen mismo de separación de bienes exige que se dé solución a cuestiones de liquidación³⁸ que son comunes a los dos patrimonios privativos y, entre ellas, la de determinar cuáles son realmente los bienes de uno u otro cónyuge, la de liquidar las obligaciones interconyugales (cfr. arts. 1438-1440 CC) o la de hacer efectivo el derecho de predetracción del ajuar a que se refiere el artículo 1321 CC. Pero con mayor razón habrá de ser necesariamente parte el cónyuge sobreviviente si el régimen económico matrimonial fue uno de los que determinan «la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones» (cfr. art. 806 LEC) y, característicamente, si se trata del régimen de gananciales. Los problemas de determinación de masas patrimoniales, de liquidación de las relaciones de obligación a que ha dado lugar la vida matrimonial y de efectividad del derecho al ajuar afectan, en estos casos, a las tres masas patrimoniales que están en cuestión.

Un mismo hecho, la muerte del cónyuge, es el que ha dado lugar a que el patrimonio personal del difunto y el patrimonio ganancial entren, a la vez, en liquidación. En la liquidación del patrimonio ganancial, el cónyuge supérstite ha de ser necesariamente parte por ser, por propio derecho, copartícipe del patrimonio ganancial y en cuya liquidación, además, tiene especiales derechos y preferencias conforme a lo dispuesto por las reglas que el Código

³⁸ En defensa de que también exige operaciones de liquidación el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, M. PEÑA, *Derecho de Familia*, p. 324.

tiene establecidas para la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero como la participación que en el patrimonio ganancial corresponde al difunto es uno de los elementos que integran el activo de la herencia que deja (cfr. art. 659 CC), la liquidación-partición del patrimonio ganancial formará, también, parte de las operaciones de la partición de la herencia total, en cuanto operaciones necesarias para conocer los bienes concretos que, por corresponder a la participación del cónyuge premuerto, han de integrar el conjunto de bienes hereditarios y cuya propiedad y posesión se entenderán adquiridos por los *herederos, por sucesión*.

Por lo que acabamos de decir, cuando la sociedad de gananciales se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, el procedimiento que tenga por objeto la liquidación-partición del patrimonio ganancial será un procedimiento que, por el efecto que tiene para los herederos, versa sobre *cuestiones hereditarias* (cfr. art. 52.1.4.º LEC). El carácter que de *hereditarias* tienen las cuestiones que se plantean se reforzará si el cónyuge supérstite ejercita, en las operaciones de partición-liquidación del patrimonio que deja el difunto, los derechos que le puedan haber sido atribuidos por *sucesión testada o intestada*, o en virtud de la donación de bienes futuros, *para caso de muerte*, a que se refiere el artículo 1341.II CC y, cuando menos, si ejercita los derechos de heredero forzoso.

Según el artículo 1038 de la LEC de 1881 (y antes el art. 406 de la LEC de 1855), el cónyuge, simplemente por ser *el cónyuge que sobrevive*, estaba legitimado para promover el juicio de testamentaría (cfr. art. 1038.2.º LEC de 1881). Si este juicio estaba ya promovido por otras personas, el cónyuge que sobrevivía al difunto también había de ser parte en él (cfr. art. 1055.II LEC de 1881). Esta legitimación del *cónyuge que sobrevive* para las operaciones judiciales de liquidación y partición no se explicaban por ser heredero, pues podía no ser heredero, y por Ley todavía, al publicarse la LEC de 1881, no era llamado como heredero forzoso. Se explicaban sólo por las relaciones económico-conyugales a que había dado lugar el matrimonio y, señaladamente, porque en el juicio de testamentaría se había de liquidar y partir, con los herederos del difunto, el *patrimonio ganancial*, el originado por el régimen económico-matrimonial ordinario conforme al Derecho civil español común.

En la nueva LEC persiste la misma doctrina sobre la legitimación del cónyuge supérstite como parte demandada. También, ahora, con arreglo a la nueva LEC, además de los *herederos y legatarios de parte alícuota* o, en su caso, de los *acreedores a cuya instancia se haya decretado la intervención del caudal hereditario*,

será necesariamente parte el *cónyuge sobreviviente*, ya se trate del *procedimiento para la división la herencia* (cfr. arts. 783.2 y concordantes LEC), ya del *procedimiento de intervención del caudal hereditario* (cfr. arts. 793.2 y 3.1.º y concordantes LEC); en el que, además, será *parte* con un especial trato de favor (cfr. art. 795.2.º y 3.º LEC).

¿Es que hoy, con arreglo al ordenamiento vigente, el cónyuge sobreviviente no puede nunca ser *parte actora* en los procedimientos relativos a la liquidación y partición de la herencia? No hay ninguna duda de que el cónyuge sobreviviente podrá ser el *promotor* de esos procedimientos si en él concurre la calidad de heredero o de legatario o de parte alícuota (cfr. art. 792.1.2.º LEC). También el artículo 792.1.1.º de la LEC establece expresamente que el cónyuge como cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión legítima puede instar la intervención judicial del caudal hereditario. Pero es que, además, el cónyuge sobreviviente, aunque no sea ni heredero ni legatario de parte alícuota, sigue, a nuestro entender, estando legitimado, como en la LEC de 1881, para *promover* el *procedimiento para la división la herencia* a fin de conseguir en él la liquidación-partición del patrimonio común de los cónyuges. Esto es así, ahora, no porque lo establezca *directamente* la nueva LEC al regular el *procedimiento para la división la herencia*, sino porque así resulta de las normas a que se remiten los artículos 806 LEC y 1410 CC. Según ya hemos dicho, cuando la disolución de la sociedad de gananciales se produce por la muerte de uno de los cónyuges no son aplicables a la liquidación-partición del patrimonio común las variaciones que, en el régimen procedimental aplicable, introducen los artículos 807-810 LEC y, por tanto, habrán de regir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 806 LEC, «las normas civiles aplicables». Conforme a lo dispuesto por el artículo 1410 CC, en la liquidación «se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia», a salvo las disposiciones especiales del Código sobre la liquidación de la sociedad de gananciales. Y del artículo 1059 CC, en relación con lo dispuesto en el citado artículo 1410, resulta que cuando los cotitulares del patrimonio común de los cónyuges no se entendieren sobre el modo de hacer la partición de ese patrimonio común, quedará a salvo su derecho a pedir la partición judicial del patrimonio en la misma forma que la LEC establece para el ejercicio procesal del derecho que los herederos tienen para pedir la partición de herencia. En consecuencia, el cónyuge sobreviviente podrá, como los herederos mismos respecto del patrimonio hereditario total, reclamar judicialmente la partición y liquidación del

patrimonio común por el procedimiento establecido para la división de herencia (cfr. art. 782.1 LEC), y, al tiempo de promover este procedimiento, podrá instar la intervención del caudal ganancial (cfr. art. 792.1.2.º LEC).

Sobre las facultades procesales que a los acreedores de la sociedad de gananciales corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 1082 CC y disposiciones procesales que lo desarrollan, vale cuanto expusimos en 1.

La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La lógica contractual adquiere matices característicos desde que la buena fe deviene el baremo de referencia de la justicia inter partes. La autonomía privada debe medir de continuo sus fuerzas con esta razón que se expresa de forma especial en la ley. Se podría decir que la regulación legal marca el ritmo de la protección del consumidor. Por una parte, la buena fe se realiza necesariamente en las normas imperativas de ratio proteccionista. Y en este sentido característico la renuncia a los derechos que vienen dados en el lote legal es nula. Por otra parte, el criterio judicial no se entretiene demasiado en decidir la razón de buena fe que justifica las desviaciones del Derecho dispositivo. Con un criterio de comodidad prefiere el equilibrio que viene dado en la norma, ajustando el reparto de derechos y obligaciones a la cuadrícula legal. El derecho dispositivo deviene así tendencialmente imperativo en detrimento de otras variables del contrato de buena fe que vengan dadas en las condiciones generales de la contratación o, incluso, en la negociación con los consumidores.

SUMARIO: *Introducción. 1. La renuncia a los derechos legales: detonante de la buena fe y sus razones derivadas.-2. Normas sustancialmente imperativas y normas dispositivas de eficacia proteccionista.-3. El contrato de buena fe y la realización tendencial del orden legal: 3.1 Las primeras apariencias y la interpretación de buena fe. 3.2 La sentencia del TJCE de 1 de abril de 2004. 3.3 Hacia la moderación de criterios.-4. La ratio de buena fe de las normas sustancialmente imperativas: artículo 4 de la LGVBC.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho de los contratos ha sufrido transformaciones sorprendentes en el intento de realizar una protección especial y característica del consumidor. En esta tarea no se han escatimado esfuerzos. El contrato se somete, por sistema, a un control de calidad o validez que detecta los desequilibrios en perjuicio del consumidor y reconduce el intercambio a un orden adecuado, justo o, mejor dicho, ajustado a los recíprocos intereses de las partes contratantes. Sobre estas razones no es necesario insistir mucho porque significan ya doctrina arraigada en el Derecho privado europeo. Pero la tarea de pensar hacia delante con la intensidad que impone el ritmo de *europaización*, el trabajo de construir y sistematizar los nuevos conceptos y su propio lenguaje, requiere un esfuerzo tan grande que van mermando las fuerzas para mirar hacia atrás. Y puede caer en el olvido, incluso, la ratio de equilibrio recíproco que fue el motor de los cambios. A poco que se aprenda por inercia la protección del consumidor, puede ocurrir el perjuicio de las expectativas también legítimas del otro contratante. Las exigencias de la buena fe se estiran tanto de un lado, con criterios jurídicos rigurosos y asépticos, que, al menor descuido, el contrato puede acabar en un equilibrio formal de derechos y obligaciones que, en realidad, significa un desequilibrio económico del otro lado. En particular, la práctica jurídica ha aprendido a realizar linealmente el Derecho dispositivo en salvaguardia del interés del consumidor. El clausulado de condiciones generales que se aparta de la cuadrícula legal deviene nulo sin más consideraciones. De esta suerte, el contrato se limpia con facilidad del contenido anormal y el espacio libre lo retoma por entero el orden legal. Es como si el Derecho dispositivo resultase imperativo como santo y seña del contrato de buena fe. La sentencia del TJCE de 1 de abril de 2004 expresa este peligro. Sus argumentos predicán al respecto moderación en la forma de entender la función proteccionista del Derecho dispositivo y, al mismo tiempo, un concepto abierto del contrato de buena fe que realice, en verdad, un equilibrio a medio camino entre los intereses de ambos contratantes. Se puede apreciar también un reencuentro de la jurisprudencia comunitaria con la lógica del precio que permite retomar posiciones más templadas, o si se prefiere, más realistas, en la valoración del equilibrio contractual. Todo ello resulta sugerente y explica el esfuerzo de acercarnos a la sentencia desde atrás, y despacio, recorriendo el camino ya andado en la materia, en el intento de aprender razones equilibradas, de buena fe, que

permitan justificar en el centro aquellos devaneos extremos hacia el lado del consumidor.

El control del contrato puede significar un orden todavía más estricto marcado *ab initio* por las normas sustancialmente imperativas. La palabra consumidor se llena entonces de razones de justicia contractual definitivas que predicen un recorte tan extremo de la iniciativa privada que impide, incluso, el intento de un primer esbozo del contrato que prescinda de los imperativos legales. Y cada vez con más intensidad. Se está perdiendo la timidez del primer momento. La norma imperativa actúa bloques compactos de remedios con un rigor tan extremo que los pretendidos derechos más bien recuerdan el trazo de un régimen impuesto al consumidor. A poco que se levante el barniz proteccionista se descubre con sorpresa cómo la norma termina jugando las cartas del profesional o empresario. Más concretamente, en la reciente reforma legal de la venta de bienes de consumo, el elenco de derechos que, con carácter imperativo, le vienen dados al consumidor significa, finalmente, un orden jerárquico en la forma de actuar los remedios del incumplimiento que realiza el interés del vendedor. También esta perspectiva sugiere que averigüemos las verdaderas razones del equilibrio impuesto por la ley, o, si se prefiere, las verdaderas razones que subyacen bajo el eslogan proteccionista de la ley.

1. LARENUNCIA A LOS DERECHOS LEGALES: DETONANTE DE LA BUENA FE Y SUS RAZONES DERIVADAS

El profesor De Castro explicó hace ya bastante tiempo los peligros de la llamada renuncia a las leyes¹. Advirtió, en particular, que los pactos que excluyen o limitan el Derecho dispositivo significan un instrumento apropiado para realizar un perjuicio injustificado de las expectativas del consumidor. El contratante más fuerte impone al otro contratante un recorte a la baja de los derechos que le vienen dados en la ley, sin otorgarle a cambio de ello compensación alguna u otorgándole una compensación insuficiente que sigue realizando un desequilibrio objetivo². Y todo ello recubierto con la legitimación que otorga el dogma de la voluntad negocial, reforzada, además, por la gran obra de la pandestística alemana. El Dere-

¹ «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario Derecho Civil*, 1961, pp. 296-340.

² En este sentido característico se habla de renuncia de derechos. Pero, en realidad, y como tendremos ocasión de explicar, significa más bien una modificación del contenido contractual que limita a la baja el régimen legal y no una auténtica renuncia de derechos.

cho dispositivo se identifica con las normas de mera eficacia supletoria. «Puede ser barrido *in toto* por la voluntad de las partes»³. El límite institucional de la renuncia a la ley tiene su trazo en la estrecha franja de las normas imperativos (art. 1255 del Código civil). Solamente en este pequeño reducto del Derecho de los contratos, la renuncia a la ley deviene ilícita.

Así, con buenas maneras, respetando formalmente las reglas bien trabadas del sistema, el contrato se vacía de contenido en perjuicio de un contratante para provecho de otro. Esta maniobra es todo un clásico de la historia moderna del contrato. Los mismos dogmas que legitimaban el sistema encerraban la trampa. La voluntad ilimitada de un grupo social poderoso (empresarios o profesionales) emplea la forma de contrato para desplazar el derecho legislado en propio interés y en perjuicio del llamado contratante débil. En particular, las condiciones generales de la contratación significan un procedimiento privilegiado para realizar la imposición de cláusulas abusivas. Las debilidades del propio mercado se desdoblán en debilidad contractual del consumidor⁴. El adquirente de bienes y servicios alcanza sólo a realizar la pesada de las variables esenciales del intercambio: precio-contraprestación («la cosa y la causa», art. 1262 CC) y abandona en manos de la otra parte la organización de los derechos y obligaciones recíprocos que concretan y aseguran (o, mejor dicho, deberían concretar y asegurar) la realización efectiva de aquella proporción⁵. En este sentido característico la situación de inferioridad significa dos cosas: falta de información e imposición. Como no puede soportar los costes económicos de la información, el consumidor no negocia ni consiente el entramado de derechos y obligaciones; simplemente se adhiere al paquete cerrado hecho por el profesional o empresario (condiciones generales y cláusulas predisuestas). Termina así aceptando a ciegas las decisiones contractuales tomadas por la otra parte en propio interés. Y aún cuando fuese consciente del perjuicio que encierra la

³ De CASTRO, *op. cit.*, p. 333.

⁴ Las impurezas del mercado terminan enturbiando los presupuestos de la contratación tal y como habían sido concebidos en el sistema codificado. En la medida en que las disfunciones del mercado se van corrigiendo por sí mismas o con medidas intervencionistas adecuadas, la situación del consumidor tiende a mejorar. En otras palabras la realización acertada de la competencia reduce tendencialmente el ámbito institucional del Derecho proteccionista.

⁵ Esta forma de hacer las cosas no es, en realidad, una novedad definitiva. Es decir, en muchas ocasiones, las más que las menos, no se negocia el contenido del contrato. Con una tendencia hacia la comodidad jurídica, se deja que el Derecho dispositivo realice su función característica. El problema surge cuando el orden legal es sustituido por el procedimiento de imposición de contenidos que vienen dados unilateralmente por una de las partes contratantes en un paquete cerrado de condiciones generales y que justamente realizan un perjuicio sistemático del interés del adherente.

propuesta empresarial, y la lógica del propio interés lo empujase a buscar otras ofertas de condiciones contractuales más beneficiosas, en más de una ocasión, no podría decidir en este sentido; sencillamente, no hay una alternativa razonable a adherirse a las condiciones generales, porque no es eficiente comparar previamente a decidir. Esta forma o procedimiento de contratar actúa la llamada crisis del sistema. Ya se sabe el estribillo: el contrato realiza, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

El criterio doctrinal tomó buena nota de estos peligros. A raíz de los estudios sobre condiciones generales, y, sobre todo merced a la obra de Raiser⁶, las tornas cambian en la caracterización del Derecho dispositivo. La regulación legal de los contratos no se concibe ya como un derecho marginal, de mera eficacia supletoria. Significa algo más. «Son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente»⁷. Este criterio de normalidad deviene una razón de justicia contractual, al mismo tiempo. El Derecho dispositivo realiza la naturaleza misma de los contratos onerosos. Expresa la «justicia conmutativa» (reciprocidad de prestaciones e intereses) que es la que debe informar las relaciones contractuales. Significa un equilibrio de buena fe. O, si se prefiere, la buena fe se expresa de manera privilegiada en el Derecho dispositivo. Por esto mismo, en aquellas formas de contratación sospechosas de realizar un perjuicio sistemático del llamado contratante débil, el orden legal se concibe como un modelo de referencia⁸. Se convierte en una especie de zona de resistencia. Para igualar la legitimación que lo envuelve es necesario actuar otra ratio de buena fe.

Entre nosotros introduce estas ideas el profesor De Castro. Manejando con agilidad la doctrina alemana, organiza un salto espectacular por encima de las cláusulas que realizan un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor para alcanzar de nuevo el terreno seguro del orden legal. Se produce un mestizaje característico entre el Derecho dispositivo y el contrato de buena fe que desemboca en un juicio de validez del contenido contractual. Las desviaciones del régimen legal levanta sospechas que exclusivamente se desvanecen si existe una causa de justificación que man-

⁶ *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1935.

⁷ De CASTRO, «Las condiciones generales...», cit, p. 334.

⁸ El Derecho dispositivo deviene así parámetro de referencia para el control de contenido de los contratos. (Di Majo, «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Studi in onere di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 99 ss).

tenga el contrato en las proximidades del orden legal y, en cualquier caso, dentro de los márgenes de la buena fe. La renuncia a la ley exige, pues, una explicación bien acabada. El contenido contractual que no alcanza esta justificación deviene ilícito y esto, la nulidad y el retorno al Derecho dispositivo es todo una misma cosa ⁹.

La ratio de la nulidad es la propia del orden público de protección. El contrato retoma el orden legal en salvaguardia del interés del consumidor. De esta suerte, «imperativamente», se realiza un orden contractual de buena fe ¹⁰. Y entiéndase bien el discurso. Las exigencias del principio de buena fe o de justicia conmutativa no cristalizan por completo en el Derecho dispositivo que sólo significa un parámetro de referencia para el control del contenido y la integración del contrato. El equilibrio contractual se expresa de manera privilegiada en el régimen legal. Por esto mismo se sospecha de la renuncia. Se podría hablar de una presunción de perjuicio que actúa la nulidad. Aunque todavía cabe la oportunidad de desactivar aquella presunción y sus efectos demostrando una justificación que compense el perjuicio potencial de la renuncia con otra ventaja contractual o contraprestación. No abundo más por ahora en esta cuestión, situada en el centro del debate sobre el control de contenido del contrato, porque tendremos ocasión de volver a reflexionar sobre ella en el comentario de la sentencia del TJCE 1 abril 2004. Pero sí me interesa subrayar cómo el discurso de De Castro admite desviaciones *justificadas* del régimen legal. Igualmente me interesa destacar cómo la *justificación* se refiere a razones de justicia conmutativa o de reciprocidad de intereses que expresan un equilibrio contractual hecho de matices jurídicos y económicos, al mismo tiempo.

Las explicaciones del profesor De Castro se sitúan, pues, en la vanguardia del Derecho moderno. Abre camino en nuestro ordenamiento a la idea de que el contrato debe hacerse y cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe para alcanzar un orden legítimo, adecuado, justo, equitativo, o como se quiera decir ¹¹. Y

⁹ Cfr. las sugerentes reflexiones de DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, 1958, II., dic. 53, pp. 367 y 641) y DE CASTRO («Las condiciones generales...», *cit.*, p. 335, nota 151).

¹⁰ La conexión entre las razones de la buena fe y el concepto de orden público se manifiesta con más firmeza en un segundo trabajo de DE CASTRO («Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía privada», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 1058, 1061 y 1062).

¹¹ A partir de finales del siglo XIX, el contrato deja de ser un acto sellado por el consentimiento de las partes. Sobre el orden tradicional, se empiezan a escribir otros órdenes para alcanzar un equilibrio objetivo que salvaguarde el interés del consumidor o parte débil de la contratación. La buena fe en su amplia gama de colores y matices deviene remedio de santo de todos los males. Allí donde la autonomía privada no funciona, allí donde el contrato significa un perjuicio injustificado para el más débil, se vierte esta pócima mágica. La interpretación adquiere un sentido a «favor del adherente», las carencias del consentimiento

con esta idea particular se matiza el sentido de una amplia gama de conceptos generales (orden público, buenas costumbres, equidad o justicia contractual) que actúan la protección del consumidor. No se pretende, desde luego, una equivalencia justa entre el precio y la contraprestación. La justicia de los precios la fija el mercado. Sólo se quiere que el contrato, en su normal ejecución, realice las expectativas que el contratante expresamente ha previsto o puede fundadamente esperar según criterios objetivos de referencia (ley, usos y prácticas jurídicas de buena fe). Esto se puede adjetivar de una manera u otra: se puede hablar, insistimos, de la lógica onerosa o de obligaciones recíprocas causalizadas, o, incluso, retomar el concepto de justicia conmutativa. Pero, prescindiendo de los matices dogmáticos de cada forma de decir, permanece aquel significado. La buena fe realiza, pues, con distintas armas jurídicas, un orden contractual objetivo¹². Si tiramos un poco del hilo, podemos, incluso, alcanzar la idea fundamental que rige los cambios y cierra el sistema. Lo razonable o conforme a la buena fe es lo normal en un mercado eficiente y competitivo. La buena fe contractual termina jugando así las cartas del mercado. Casi sin ruido, por la puerta abierta de la buena fe, la «justicia contractual» deviene «justicia de mercado»¹³.

to de una de las partes (falta de información o información inexacta en la contratación) se suplen imputando deberes de información a la otra, el comportamiento desleal se sanciona bajo el estandarte de las más variadas fórmulas jurídicas (abuso de derecho, retraso desleal, *culpa in contrahendo*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*), la obligatoriedad del contrato se extiende al «contenido natural» delimitado por el derecho dispositivo, los usos y la costumbre; las cláusulas abusivas se «borran» y se vuelve a escribir sobre ellas un orden contractual razonable, e, igualmente, el contrato se modifica para corregir el desequilibrio sobrevenido por el cambio de circunstancias (*clausula rebus sic stantibus*); en fin, en determinados supuestos, el contrato continúa en «tiempo de prórroga». La buena fe aprende a batallar en todos los frentes. Con astucia, con unas armas u otras, encontrando más o menos resistencia en la tradición, los distintos sistemas jurídicos europeos alcanzan formas de hacer y re-hacer el contrato de buena fe. Y algunas de ellas alcanzan, incluso, una caracterización conceptual y funcional propia, y terminan por independizarse de la cláusula general de la buena fe (*flown the nest*). Entonces para justificar una solución basta la regla particular, aunque todavía el vínculo de origen marca el sentido de la interpretación y aplicación de la norma. Con unas técnicas u otras, tirando de aquí y allá, desde lo general a lo especial (*herunterkonkretisiert*), e, incluso, aprovechando los triunfos particulares para reorganizar lo general con bases más firmes, se gana la batalla de protección del consumidor. ZIMMERMANN Y WHITTAKER, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 676; MATTHIAS E. STORME, «Good faith and contents of contracts in European private law», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, ed. Espiau Espiau y Vaquer Aloy, Valencia, 2003, pp. 17 ss.

¹² Esto es lo que significa precisamente integrar el contrato con razones de buena fe hasta extender la obligatoriedad del mismo a lo que se viene denominando el «contenido natural». Se trata entonces de «contenidos no pactados ni tampoco previstos en normas dispositivas y que, sin embargo, forman parte de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones» PASQUAU LIAÑO, «Comentario al artículo 1258 del Código civil», en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Granada, 2000, p. 2149.

¹³ Es oportuno aclarar que el entendimiento del contrato como una regulación justa de intereses no representa solamente la respuesta de la doctrina a un problema científico,

Sin duda todo ello trae consigo una nueva forma de entender el contrato. Significa un nuevo orden. Pero todavía el contrato con un consumidor realiza, o está llamado a realizar, la lógica esencial o mínima de cualquier contrato. El intercambio contractual siempre actúa, o debería actuar, la realización de utilidad a dos bandas. Un mercado eficiente necesita un modelo de contrato que no presente obstáculos innecesarios para tal fin. Si la autonomía privada no da la talla de la eficiencia contractual se buscan otras formas de hacer el contrato. Los cambios del sistema adquieren así un sentido particular, más matizado. Fundamentalmente sólo varía la forma de organizar el intercambio: desde un entendimiento netamente subjetivo y voluntarista, desde un sistema que se abre y se cierra con la llave maestra de la autonomía privada, se evoluciona hacia otras formas más objetivas de organizar los intereses en juego¹⁴. «Por ello cabe concluir que lo que está en crisis no es la idea de contrato, ni su más profunda base, sino *la figura contractual tradicional, la que vive en el seno de nuestro vigente Código civil; esta es la que ha sufrido una desfiguración tal en su fisonomía, que sería hoy imposible reconocer en ella la que fue antiguo vehículo del principio de la autonomía privada de la voluntad*»¹⁵. Las razones de la buena fe contractual desembocan, pues, en un orden primario. Cuando se pretende un equilibrio contractual «conforme a la buena fe», o «razonable», se quiere precisamente aquella razón esencial del intercambio. Se quiere alcanzar la utilidad *inter partes* que la iniciativa privada no sabe hacer.

sino que implica también una precisa decisión de política económica que la misma vertiente conceptual del contrato cierra y consolida. El elogiado interés de hacer justicia estaba comprometido, no obstante, desde el principio. La toma del mercado como parámetro de referencia sellaba la trampa. El orden contractual se corrige y ordena fundamentalmente con parámetros de mercado. Y sin mucho esfuerzo se comprende que el triunfo de la lógica económica –de la eficiencia– tiene también sus tributos desde otras perspectivas. Basta con asomarse un poco fuera del sistema para atisbar algunos peligros. Al menos se puede intuir que la protección cerrada y tajante del consumidor con aquellas razones puede llegar a dejar en el olvido la política social de protección del *no consumidor*. Se puede llegar a pensar, incluso, en una utilización interesada de conceptos que suenan casi a gloria celestial a modo de legitimación del sistema (protección de la parte débil, justicia contractual, buena fe). Descubiertas todas las razones, considerando los intereses del *no consumidor*, el discurso empieza a ser menos justo y más problemático. Así lo aprecia LIPARI, «Utilización del contrato y disciplina de los negocios», en *Derecho Privado: un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, pp. 361 ss.

¹⁴ Para los diversos significados que asume el contrato, puede consultarse SCHLESINGER, «Completità del procedimento di formazioni del consenso ed unità del negozio contrattuale», *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1964, pp. 1352 ss.

¹⁵ GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, Madrid, 1975, p. 121. La cita de GORDILLO se refiere también expresamente a la opinión de MARTÍN PÉREZ (*Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959, p. 602). Nosotros en el texto hemos destacada en cursiva esta última opinión para que se conozcan mejor las respectivas aportaciones.

Después de este largo recorrido por las razones de la buena fe contractual debemos reconocer que el contrato, en su nueva andanza, ha llegado bastante lejos. Sin perder su esencia, con más o menos dificultad según los tramos, ha conseguido salir del círculo cerrado que había marcado el dogmatismo en la forma de entender y actuar el principio de autonomía privada. El contrato se hace permeable a razones objetivas en el intento fundamental de escapar de las trabas heredadas para proteger al consumidor. Todas estas razones y pretensiones estaban ya presentes, insistimos, en el discurso de De Castro que, incluso, va más allá, y vaticina una razón general de buena fe que trasciende la protección del consumidor. La validez de los pactos entre particulares, la validez de cualquier contrato, se somete a esta razón principal que, bajo el estandarte del concepto de orden público, pasa a integrar las filas de los límites de la autonomía privada (art. 1255 del Código civil) ¹⁶. La buena fe marca el orden general del sistema. El modelo europeo de contrato que se está construyendo está impregnado por completo de esta lógica ¹⁷. Otra cosa distinta es que las exigencias de la buena fe adquieran matices característicos allí donde la imposición de contenidos realiza un perjuicio sistemático del interés de una de las partes contratantes.

¹⁶ DE CASTRO, «Las condiciones generales...», *cit.*, p. 337.

¹⁷ Las razones de la buena fe presiden por completo la lógica de los Principios Unidroit y el intento sistemático de los Principios Lando. De principio a fin, el contrato debe conformarse a sus exigencias. En los principios Unidroit, la buena fe o el criterio de la corrección o de lo razonable se mencionan al menos once veces: artículo 1.7, como un deber general de comportamiento en las transacciones internacionales; artículo 2.1.15, como fuente de responsabilidad precontractual; artículo 2.1.16, a propósito de la divulgación o del uso de información adquirida en los tratos preliminares; artículo 2.1.18 a propósito de la modificación del contrato en una forma particular distinta a la forma escrita; artículo 2.1.20 a propósito de la cláusula sorpresa en contrato standard; artículo 3.10 a propósito de la corrección del equilibrio económico o jurídico del contrato; artículo 4.8, como criterio de integración de las lagunas del contrato; artículo 5.1.2, como fuente de obligaciones contractuales implícitas; artículo 5.1.3, en cuanto criterio de la cooperación de las partes en la ejecución del contrato. Y en los Principios Lando existen referencias explícitas de aquellos criterios, al menos, diecisiete veces: artículo 1:102, como límite de la libertad para determinar el contenido del contrato; artículo 1:106, como criterio hermenéutico de interpretación e integración de los Principios; artículo 1:201, como criterio general de comportamiento en el ámbito contractual; artículo 1:302, como parámetro de lo razonable; artículo 1:303, como criterio de la relevancia de las comunicaciones entre las partes; artículo 1:305, como criterio de responsabilidad por hecho del tercero; artículo 2:301, como fuente de responsabilidad precontractual; artículo 4:103, como criterio de imputación del error; artículo 4:106, como fuente de imputación de responsabilidad por la información incorrecta que no da lugar a un error esencial; artículo 4:107, como medida del dolo omisivo; artículo 4:109, como criterio de corrección del desequilibrio económico del contrato; artículo 4:110, como criterio para realizar el equilibrio jurídico del contrato; artículo 4:118, como límite de validez de las cláusulas que excluyen o limitan los remedios por error o información incorrecto; artículo 6:102, como fuente de cláusulas implícitas; artículo 6:111, como criterio para moderar la cuantía de la indemnización por los daños sufridos por el cambio sobrevenido de circunstancias. Y si a estas diecisiete menciones añadimos los términos que expresan una razón general de justicia, equidad o confianza obtenemos un orden, por completo, de buena fe.

En estos ámbitos particulares, la intensidad del problema exige del ordenamiento jurídico respuestas puntuales y bien pensadas; más articuladas. Ello ha propiciado sin duda ciertos espejismos que enturbian en ocasiones el criterio de decidir el ámbito de actuación de las exigencias de la buena fe, cerrando en falso el sistema alrededor de las condiciones generales y, más concretamente, reduciendo todavía más su alcance bajo el extraño embrujo que el concepto de consumidor ha llegado a ejercer en la ciencia jurídica moderna. Lo especial no deja andar camino hacia lo general¹⁸.

2. NORMAS SUSTANCIALMENTE IMPERATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS DE EFICACIA PROTECCIONISTA

Este armazón de razones sobre la buena fe enlaza con una práctica habitual y consolidada en la legislación de carácter proteccio-

¹⁸ Los estudios históricos dan razón de que las exigencias de la buena fe trascienden la problemática de la protección del consumidor y alcanzan de pleno a todo el sistema contractual. En este sentido característico la autonomía privada emprende un movimiento global y definitivo hacia razones de justicia objetiva. Este proceso de cambio, como decimos, se generaliza, rebasando la frontera artificial que se ha querido levantar sobre el concepto de consumidor. En primer lugar, antes de que existiese legislación proteccionista del consumidor pensada en clave de buena fe, muchos ordenamientos de nuestro entorno jurídico habían desarrollado recursos o remedios contractuales que se aplicaban, y se siguen aplicando, con carácter general, sin detenerse en aquel límite subjetivo. Ahí está el Ordenamiento alemán para enseñar estas avanzadillas del contrato de buena fe. Antes de la legislación especial en materia de condiciones generales, se realizaba ya un control judicial amplio de cláusulas abusivas que alcanzaba también las relaciones entre empresarios y profesionales, actuando la prueba del artículo 138 del BGB o estirando las razones del artículo 242 BGB; y hoy por hoy se oyen voces que predicán las palabras de *Baldus de Ubaldis*: la buena fe es más necesaria entre aquellos que contratan más (WHITTAKER and ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 7019). En otros países las avanzadillas históricas han sido más modestas porque han encontrado mayores lastres en la particular tradición jurídica. Desde esta perspectiva el paradigma es el Derecho inglés. Por una parte, no conoce un principio que, con carácter general, establezca el deber de hacer y cumplir el contrato de buena fe y además, por si acaso aquella particularidad no fuese ya por sí misma una dificultad mayor, la tradición anglosajona ha respetado de forma estricta el principio *pacta sunt servanda*. Los inicios fueron, por tanto, difíciles. Los tribunales realizaron esfuerzos para impedir el uso abusivo de las cláusulas de exención o limitación de responsabilidad, sobre todo, en el ámbito del incumplimiento esencial del contrato. La particular relevancia que alcanza el abuso en estos casos ayudaba a crear una conciencia judicial pretoriana. Pero el espectro de los dogmas se hizo sentir a través del propio criterio de la Cámara de los Lores que todavía, en un primer momento, se resistía a la modernización del sistema y seguía predicando a pies juntillas la realización puntual del acuerdo contractual. Naturalmente, después, poco a poco, el propio peso de la problemática fue incentivando el cambio hacia el orden de buena fe. La práctica judicial aprendió a estirar el concepto de fraude o a interpretar de forma interesada la voluntad de las partes; y cuando estos remedios ya no daban más de sí, realizó, incluso, juegos con el sistema, sacando a relucir el concepto de cláusula contractual implícita (*implied terms*). En fin con unas armas u otras, cada ordenamiento jurídico tiende a generalizar la lógica de la buena fe. Vid. Lando y Beale, *Principios de Derecho contractual europeo...*, *cit.*, p. 289.

nista de una de las partes contratantes: en la medida en que los pactos, cláusulas o condiciones contractuales modifiquen las normas legales favorables al consumidor, reciben la sanción de nulidad. Es decir, no son válidas y, por lo tanto, se tendrán por no puestas. La norma realiza imperativamente un orden de buena fe. En un sentido muy próximo se habla de derechos irrenunciables o de nulidad de la renuncia previa de derechos. Pueden encontrarse normas de esta familia, con expresiones más o menos similares, en todos los ámbitos normativos que actúan una protección especial del consumidor¹⁹.

Esta tendencia legislativa refleja a las claras una nueva forma de entender y hacer el contrato. El sistema tradicional consideraba las normas contractuales de carácter imperativo con una ratio excepcional de protección de intereses también extraordinarios –o si se prefiere, extra-contractuales que traducen imperativos de política social y económica ajenos a la lógica prestacional (libertad de pensamiento, libertad de expresión y asociación, derecho a la intimidad y a la vida familiar, derecho a la no discriminación por razón de sexo, raza, creencias religiosas o edad, política de protección de la vivienda, política social de protección de la empresa agrícola y familiar, derecho a la vivienda, derechos de los menores...). En cambio, las normas de protección del consumidor realizan una intervención normalizada en el contrato que concreta y predetermina intereses netamente prestacionales. La palabra consumidor se llena de toda la simpatía que despierta la debilidad social y se convierte así en la mejor justificación de aquella intervención imperativa en lo que hasta ahora venía siendo el reducto institucional de la autonomía privada.

Naturalmente lo que se predica es una imperatividad de mínimos; en consecuencia es nula la modificación del régimen legal que se haga a la baja, y no la que se haga al alza. El propio enunciado de algunas normas deja expresamente abierta la puerta a una mejora del régimen legal, cuidando de precisar la legitimidad de las cláusulas contractuales más beneficiosas para el consumidor²⁰. Es decir, la ley señala un orden que considera beneficioso para la

¹⁹ Artículos 9 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles; 11.4. de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados; artículo 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; 14 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles; 2.1. de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamientos por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico; 3 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo.

²⁰ Artículos 9 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles y 3 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

parte a quien intenta proteger e impide, bajo la sanción de nulidad, que sea sustituido por otro que desconozca o merme aquellos beneficios; pero no prohíbe el régimen que los amplíe. La razón de protección de la norma choca con el régimen menos beneficioso, pero de ninguna manera con el régimen más beneficioso. El orden legal no constituye, pues, un derecho absolutamente imperativo. La iniciativa privada conserva todavía un ámbito característico de actuación.

En el otro sentido las cosas ocurren de manera bien distinta. No se admite ninguna jugada en detrimento del régimen legal. El contrato puede dar más, pero nunca menos. Con este significado característico se habla de derechos irrenunciables. La ratio absolutista de la protección impregna también el régimen de la nulidad. Las consecuencias de la ineficacia son también definitivas. Las cláusulas ilícitas se eliminan sin más consideraciones y el contrato retoma por entero el orden legal, desvinculando esta consecuencia de otros pactos o cláusulas que pudiesen ser valorados para compensar en parte el perjuicio derivado de la renuncia.

Se va creando así una inercia en la forma de pensar que resulta bastante cómoda, pero que puede resultar peligrosa si se extiende demasiado, rebasando el límite institucional de las normas imperativas. Cualquier merma de los derechos legales, y, en particular, cualquier exclusión o limitación de la responsabilidad del deudor que sitúa el problema del incumplimiento por debajo de la cota legal, se considera un ultraje para el consumidor que realiza la sanción de nulidad. Es decir, se actúa por mimetismo hacia las normas imperativas y, en general, el derecho legal deviene tendencialmente imperativo en el afán de realizar la protección del consumidor. Se va borrando así la distinción clásica entre normas y se predica la realización necesaria del Derecho dispositivo. Se igualan las situaciones más extremas que hablan por sí misma de perjuicio importante para el consumidor y las forma más moderada de perjuicio. El juicio inquisidor recae con la misma intensidad sobre la exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave que sobre la exoneración por culpa leve, sobre las obligaciones que se consideran esenciales para la finalidad del contrato y sobre las obligaciones accesorias. Con este proceder indiscriminado terminan siendo esenciales prácticamente todos los principios inspiradores de la regulación legal, prescindiendo del criterio de su mayor o menor contenido de justicia. Lo que viene dado en la ley deviene derecho necesario con una razón uniforme. El consumidor no debe preocuparse por aquellos avatares jurídicos. Sólo tiene que ondear su bandera y el orden legal sale a su encuentro. No se considera

con suficiente cuidado la posibilidad de que el consumidor haya podido ceder parte de su territorio legal a cambio de otras concesiones jurídicas o económicas que equilibren el intercambio. Esta posición más moderada trae consigo un mayor esfuerzo para decidir sobre la validez de la renuncia en el caso concreto. Quizás justamente por ello se prefiera aquel otro entendimiento en el que basta la medida segura del derecho legal.

El criterio judicial acepta con facilidad las soluciones seguras y ordenadas. Qué duda cabe que es más cómodo realizar linealmente el orden legal que averiguar un equilibrio de buena fe en el caso concreto tomando en consideración *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato, y las de otra de las que éste dependa* (art. 10 bis 1.º LGDCU). Por ello el orden legal deviene por inercia derecho necesario²¹. Empieza a rodar y coge fuerza.

No obstante ello, el propio sistema y las necesidades de la práctica enseñan márgenes lícitos de utilidad contractual extralegales.

Tomemos el Derecho privado europeo como primera referencia sistemática y, más concretamente, el Derecho comunitario que significa la principal referencia, o mejor dicho, la referencia obligada, para los ordenamientos nacionales. Como primera medida de política jurídica no se quiere la imposición directa de un determinado orden legal. Se prefiere otorgar una oportunidad a la iniciativa privada y reestablecer el orden de buena fe si aquella actuación ha ocasionado disfunciones y desajustes importantes en la lógica del intercambio y la competencia. Esto se puede calificar como un principio de mínima intervención en el contrato o, incluso, se podría recurrir al principio de proporcionalidad y hablar así de proporcionalidad en la intervención. Esta tendencia se concreta de forma privilegiada en el ámbito de las condiciones generales. Se establece una relación especial entre criterios enfrentados. La adhesión se considera una forma ágil y dinámica de organizar el intercambio, pero, se sabe, al mismo tiempo, que el clausulado impuesto no siempre es trigo limpio. En este sentido característico se predica un control amplio de las condiciones generales para reconducir las disfunciones del sistema a una cota razonable de buena fe. El contenido contractual se cierce, aprovechando las condiciones buenas y eliminando las malas. Esta forma moderada de organizar la protección

²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO nos advierte expresamente sobre esta tendencia («Comentario a la disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: artículo 10 bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, p. 759).

del consumidor no es tan excepcional como la imposición directa del orden legal y responde claramente a la lógica de mínima intervención sobre la que se ha organizado la protección del consumidor en el ámbito del Derecho privado europeo. Como primera razón, insisto, no se pretende organizar el contrato con un orden marcado desde arriba. Se prefieren las medidas que simplemente corrigen las irregularidades del primer esbozo del contrato²².

Deben existir, pues, buenas razones, de mucho peso social y económico, para establecer una ecuación directa entre la exclusión o limitación del régimen legal y el perjuicio del contratante débil a los efectos de actuar automáticamente la sanción de nulidad. Desde luego, a estas alturas de la historia, nadie cuestiona que las condiciones generales son una forma privilegiada de realizar el perjuicio del consumidor. Y, por lo tanto, nadie cuestiona tampoco la justificación del control del contenido contractual allí donde se realiza la imposición. También se sabe o, al menos, se empieza a entender que existe una asimetría endémica entre las partes contratante (desigualdad de armas) que se deja notar especialmente en determinados contratos (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, ventas de bienes de consumo...) que realizan fácilmente un perjuicio para el consumidor, incluso, cuando el contenido contractual ha sido negociado (cláusulas negociadas individualmente). En fin, existen ámbitos característicos en los cuales la luz de alarma del ordenamiento jurídico debe estar sistemáticamente encendida para actuar una tutela rápida y eficaz del contratante débil. Pero una cosa es entender que la renuncia a los beneficios legales significa un perjuicio tendencial que actúa, por sistema, la nulidad a favor del contratante protegido y otra cosa bien distinta negar a la otra parte contratante la posibilidad de desactivar la nulidad probando que la renuncia, en el caso concreto, está justificada. Y otro tanto venían a decir las primeras tendencias doctrinales que se ocuparon del problema. Basta en este sentido con retomar el discurso de De Castro.

Tampoco debe olvidarse la importancia de los usos, actualmente en renovada batalla con la ley por hacerse con el contenido del contrato²³. Las razones de la justicia contractual se van ampliando. Ya

²² Decidir en cada caso qué orden corresponde realizar constituye una cuestión principal de la política legislativa del Derecho privado europeo. En casos característicos surgen posturas enfrentadas para decidir si la buena fe debe actuar con carácter subsidiario a modo de parámetro para decidir el control de validez y la corrección del primer esbozo del contrato o si, por el contrario, debe imponer directamente el contenido del contrato (normas imperativas): Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, en *Europa e diritto privato*, 2004, p. 445.

²³ La confrontación característica entre la Ley dispositiva y los usos normativos a los efectos de realizar el contenido natural del contrato constituye una de las cuestiones pro-

no significan una mueca mimética del modelo legal. También se apprehenden modelos de la realidad del mercado. El contrato se abre hacia nuevas razones que pueden explicar el recorte de los derechos legales a cambio de otras ventajas contractuales justificadas por la regulación usual²⁴. El sistema se va desprendiendo, pues, de las afiladas garras del Derecho legal. Aunque todavía se debe evitar la tentación fácil de volver a cerrar el contrato sobre los usos. El Derecho dispositivo (en sentido amplio, la ley y los usos) siempre debe medir sus fuerzas con el contrato de buena fe²⁵. La iniciativa privada mantiene, o debería mantener, una reserva de legitimación para ir más allá de los cánones preestablecidos, buscando ajustes particulares de la justicia contractual. Hay una franja de buena fe entre lo normal y lo ilícito que el intercambio puede recorrer sin sanción, incluso en el ámbito de las condiciones generales. La iniciativa privada puede organizar cláusulas anormales, pero no abusivas. No es causal en este sentido que el artículo 10 bis 1 LGDCU siguiendo a pie juntillas el mandato del artículo 4.1 de la Directiva sustente la apreciación del carácter abusivo de una cláusula en circunstancias que pueden particularizar y justificar las desviaciones del Derecho dispositivo. Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí la buena fe significa un concepto complejo y dinámico que se concreta en una batalla continua entre la ley y el mercado, entre la

blemáticas abordadas por la obra clásica de Raiser (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1.ª ed., 1935, y reimpresión, Bad Homburg, 1961) y, en nuestro ordenamiento, ha sido destacada, entre otros, por ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 394; PASQUAU LIAÑO, Comentario a la disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: artículo 10 bis 2 LGDCU, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, p. 791; MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: artículo 10 bis LGDCU», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 951.

²⁴ En particular «existe un uso en un sector comercial cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos» (STJCE 16 marzo 1999 Castelletti Spedizioni Internazionali).

²⁵ Este reducto de legitimación de las condiciones generales es afirmado, incluso, por las construcciones teóricas más apegadas a los modelos normativos. Por el frente la legitimidad de las condiciones generales se explica desde la simetría perfecta con las fuentes del Derecho establecidas en el artículo 1 del Código civil. Se dice que, por sí mismas, no tienen eficacia constitutiva; no son nada sin la legitimación que les viene dada desde aquellas otras fuentes. Más concretamente se predica la simetría de contenido con la ley y los usos. El Derecho dispositivo marca el ritmo del contrato. Esta construcción habla, pues, de la preferencia hacia los modelos normativos. Naturalmente un entendimiento tan definitivo termina realizando concesiones de por medio. Por defecto de la ley y los usos, el contenido de condiciones generales adquiere legitimación si significa un equilibrio de buena fe. En la puerta grande de las condiciones generales se establecen criterios estrictos de control, según la norma (validez de las condiciones generales que realizan el Derecho dispositivo), pero, después, existen puertas falsas que permiten realizar otros contenidos más espontáneos y adaptados a las necesidades de la práctica (validez derivada de la buena fe). ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991, p. 103.

norma y el contrato. El intercambio va adquiriendo matices peculiares. El orden legal se entremezcla de continuo con otros contenidos que traducen los imperativos económicos de cada momento. El sistema está sometido, pues, a estas variables de corrección que el criterio académico y judicial debe ir destilando y concretando a modo de compensación de la presión excesiva que se puede llegar a ejercer sobre el contrato si la inercia jurídica sigue empeñada en una sobreprotección legal del consumidor²⁶.

Si seguimos el sentido de estos primeros indicios, se puede salir del círculo dogmático que se ha ido creando en torno al Derecho legal, orientando la interpretación y aplicación de las normas de protección del consumidor hacia criterios más moderados. Se puede ganar mucho en templanza simplemente sacando a flote algunas razones fundamentales del contrato de buena fe, desmerecidas en su importancia por el afán de maximizar la posición jurídica del consumidor. El Derecho legal puede recobrar así matices que van de una mayor a una menor imperatividad²⁷. La ratio proteccionista de algunas normas pretende la realización de una solución particular. Se podría decir que el ordenamiento quiere alcanzar una determinada cota de protección realizando una solución concreta. Entonces no caben pactos o cláusulas contractuales que excepcionen o impidan la realización de aquella solución. El camino está trazado por la ley. Se puede hablar, pues, de normas sustancialmente imperativas. Haberlas las hay por doquier. Pero en otros casos no se persigue directamente la realización de un orden legal predeterminado. No se quiere la imposición o la prohibición de soluciones concretas o puntuales, sino más bien alcanzar, de forma necesaria, un orden contractual de buena fe. La especialidad de la ratio de protección diluye, pues, el rigor del régimen legal que admite oscilaciones en los límites de la buena fe. Las desviaciones del régimen legal sólo se sancionan tanto así significan un desequi-

²⁶ Incumbe fundamentalmente a la jurisprudencia aprehender, con la ayuda de la doctrina, criterios de referencia del contrato de buena fe, cfr., sobre esta cuestión, el sugerente trabajo de DÍAZ ALABART, «Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos», en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 47-73

²⁷ La distinción entre distintas categorías de normas imperativas según el grado de resistencia que ofrece su ratio al juego alternativo de la iniciativa privada viene ya implícitamente dado en el Convenio de Roma que diferencia entre normas imperativas ordinarias (arts. 3, 5 y 6), las normas imperativas directamente aplicables, que son aplicables con independencia de la Ley que rija el contrato (art. 7) y normas de orden público internacional (art. 16). El artículo 1: 103 de los Principios Lando retoma esta distinción. Sobre la distinción vid. MACQUEEN, «Illegal and immoral contracts», en *Bases para un Derecho contractual europeo*, editores Espiau Espiau y Vaquer Aloy, Valencia, 2003, p. 288; LANDO Y BEALE, *Principios de Derecho contractual europeo...* cit., en notas al artículo 1: 103, p. 130.

librio *importante*, contrario a las exigencias de la buena fe (art. 10 bis. 2.º). De esta suerte, el derecho legal deviene imperativo en segundo grado: por defecto del primer esbozo del contrato²⁸.

Incluso se podrían establecer distinciones entre las normas de derecho dispositivo²⁹. Algunas de ellas están más cerca de las razones fundamentales del sistema contractual. Están muy pegadas, por ejemplo, a los remedios esenciales del incumplimiento o al resarcimiento de daños. Y precisamente esta proximidad con el núcleo duro del contrato las hace especialmente resistente a su sustitución. Exigen una justificación bien acabada que explique las desviaciones del régimen legal. Otras normas, por el contrario, pretende maximizar la utilidad total de las partes contratantes. Son normas que hilan más fino, pero que, al mismo tiempo, admiten mejor las fluctuaciones de régimen jurídico para adaptarse a las continuas variaciones del mercado. El Derecho dispositivo organiza, pues, una zona de resistencia bien articulada, con franjas de distinto calado. Para salvar esta densa trama legal y alcanzar de pleno un orden de buena fe (razonable, legítimo o equilibrado), el diseño innovador del contenido contractual tiene que estar bien hecho y medir bien la relación de intereses entre las partes contratantes. El ordenamiento jurídico confía, sin embargo, en la iniciativa privada para organizar el intercambio. Conoce sus carencias y las controla, pero, de primeras, sigue dando luz verde a esta forma de hacer el contrato.

3. EL CONTRATO DE BUENA FE Y LA REALIZACIÓN TENDENCIAL DEL ORDEN LEGAL

3.1 Las primeras apariencias y la interpretación de buena fe

Siguiendo el camino ya trazado vamos a realizar distinciones entre las normas de protección según su grado de imperatividad. Algunas de ellas pretenden la realización estricta del orden legal.

²⁸ Sobre la distinción conceptual y funcional entre las normas de buena fe de ratio imperativa y las que pretenden un equilibrio de buena fe puede consultarse: VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, pp. 408 ss.; Busnelli, «Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive», in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Busnelli-Bianca, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1997, p. 769; NAVARRETTA, «Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo», *Rivista Diritto Civile*, septiembre-octubre., 2005, pp. 522-523.

²⁹ DI MAJO «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Studi in onore Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 112.

Pero otras tantas tienen una ratio más moderada que sólo persigue alcanzar una cota razonable de buena fe. En particular, la Ley general para la defensa de los consumidores (en adelante, LGDCU) recoge parte de las razones de esta distinción. A modo de declaración de principios, en su pòrtico, la Ley establece una norma categòrica de amplio alcance: *La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula* (art. 2.3). Más adelante la Ley relaciona la ineficacia de la renuncia con el control de cláusulas abusivas. A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: con carácter general, *la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor* (disposición adicional 1.^a, II, 14 LGDCU). Y más concretamente, *la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular, las cláusulas que modifican, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias* (disposición adicional 1.^a, II, 9.* LGDCU).

En una primera aproximación, tal y como viene dado, el artículo 2.3 LGDCU realiza una propuesta lineal: la renuncia previa de los derechos que la Ley reconoce a los consumidores es nula. El texto no establece variable alguna que altere la razón directa entre una y otra proposición. La renuncia de cualquier derecho legal es nula, sin más concesiones. Así, cómodamente, con carácter inmediato y absoluto, la sanción caería de forma inapelable sobre la renuncia. El orden legal deviene, en verdad, imperativo. El consumidor cuenta con un arma de absoluta precisión para hacer valer, en todo caso, el conjunto de derechos que la regulación legal pone a su disposición. Las cláusulas que impiden rellenar por completo la cuadrícula legal devienen nulas de corrido *–ipso iure–* y su sitio lo ocupa la Ley. Así de sencillo. La norma se cierra sobre sí misma y, en verdad, todo parece en orden.

Este significado fácil y lineal del artículo 2.3 LGDCU maximiza la posición jurídica del consumidor, pero a costa de desconocer las conexiones con el sistema y la realidad. La letra de la norma

interpretada con la estrategia del artículo 3.1 del Código civil adquiere matices particulares que atenúan la contundencia de aquel primer significado.

Volvamos a retomar la interpretación desde la referencia obligada del Derecho comunitario. Según intenciones declaradas abiertamente, la intervención en el contrato pretende salvaguardar el mercado. Es decir, la protección del consumidor no se actúa porque sí o por mera simpatía hacia el más débil. Detrás de este primer eslogan de legitimación, lo que prevalece es el intento de realizar un modelo de contrato adaptado a las necesidades del mercado y de la competencia lícita. Se quiere la protección del consumidor porque se quiere que la máquina del mercado funcione eficientemente, sin roces contractuales que enturbien la lógica de la competencia. Y precisamente el propio mercado competitivo –de buena fe– enseña sobre ciertas fluctuaciones razonables –de buena fe– del contenido del contrato en el siguiente sentido característico. En principio debe entenderse que un consumidor ideal con capacidad negociadora y debidamente informado estará dispuesto a renunciar a un derecho del régimen legal a cambio de otra ventaja contractual que compensase aquel perjuicio, si con ello obtuviese más utilidad. En efecto, la lógica del intercambio predica, en esencia, la realización de utilidad para las partes contratantes, cuanto más mejor, y cuando no encuentra una respuesta legal que organice adecuadamente el intercambio se inventa o aprenden otra organización de los intereses contractuales. Las necesidades del mercado son las que marcan el ritmo, y existe una franja entre la ley y lo ilícito que el contrato puede recorrer, o debería recorrer, sin trabas, también cuando se conforma mediante condiciones generales. Se podría hablar, incluso, de insuficiencia e inadaptación del Derecho dispositivo a las exigencias de la práctica³⁰. Precisamente los usos significan muchas veces una respuesta ágil y dinámica del mercado que suple aquellas carencias del régimen legal. Y circunstancias muy variadas pueden explicar un orden contractual distinto al modelo normado por la ley y los usos, pero todavía ajustado a los intereses en juego. La iniciativa privada hace siempre ajustes arriba y abajo de la norma, da y quita. Lo que se pierde por un lado puede estar compensado con otra ventaja contractual.

Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, si se actuase la nulidad de cualquier renuncia a cualquier derecho del régimen legal, tal y como predica el artículo 2.3 LGDCU, se estaría impidiendo en los contratos de consumo la posibilidad de realizar

³⁰ Sobre la insuficiencia e inadaptación del Derecho dispositivo, ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 365 ss.

ajustes de aquellas características. Paradójicamente, actuando una ratio de buena fe hacia el consumidor, se estaría impidiendo un contrato de buena fe.

Cuando el problema adquiere estos matices, la doctrina no tiene más remedio que retomar posiciones y matizar el rigor de los planteamientos iniciales. Lo que por delante se predica con todo rigor, se suaviza después por detrás. En concreto, la doctrina del abuso de derecho se utiliza como último remedio para moderar las consecuencias extremas en las que desembocaría el resorte automático de la nulidad. Se razona de este modo: la nulidad se paraliza, deja de actuar, si ha existido una ventaja jurídica o económica a cambio de la renuncia que compense suficientemente los intereses en juego³¹. Si existe equilibrio (de buena fe) la ratio protectora de sanción se viene abajo, y, por ello mismo, porque la renuncia está *justificada*, devendría un abuso el ejercicio de la acción nulidad. Se llega, pues, a donde llegaba De Castro, pero dando un rodeo. El criterio de decidir los límites de la nulidad se olvida del punto de partida. Una sanción pensada y organizada desde el centro del sistema (exigencias de la buena fe contractual) termina siendo explicada con una razón situada en la periferia (abuso de derecho).

Parece, pues, mejor solución organizar la denuncia de derechos retomando sus conexiones con el sistema. La sanción automática que parece desprenderse del artículo 2.3. LGDCU adquiere así matices más moderados al entrar en contacto con el criterio de buena fe y el concepto de cláusula abusiva del artículo 10 bis LGDCU. Sobre todo si, como viene entendiendo la doctrina, la lista negra de cláusulas abusivas de la ley deviene en realidad gris a poco que se profundice en el enunciado y la ratio de algunas de las normas del listado legal. En particular, la Disposición adicional 1.^a, II, 14 LGDCU adquiere una tonalidad grisácea que matiza el rigor inicial de la nulidad. La imposición de renunciaciones, o la limitación de derechos, no se entiende ya necesariamente perjudicial para el consumidor y, en consecuencia, nula, sin más consideraciones. Se actúa, por el contrario, un criterio de valoración relativo que engarza con la razón esencial del artículo 10 bis LGDCU. Se consideran cláusulas abusivas sólo aquellas estipulaciones que, en contra de la exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligacio-

³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario del artículo 2 de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1992, 74.

nes de las partes que se deriven del contrato³². En contraste con la ineficacia de las renunciaciones perjudiciales, se realiza la validez de las que se han llamado *renunciaciones justificadas* que precisamente serán aquellas que son impuestas al consumidor a cambio de otra contraprestación o ventaja contractual³³. Y en un sentido parecido se interpreta la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento (disposición adicional 1.ª, II, 9.ª LGDCU). También en este caso las reducciones del régimen legal se someten a un juicio relativo de validez; el contenido particular del contrato puede compensar esta renuncia perjudicial, inadecuada, con las correlativas ventajas³⁴.

Las desviaciones del orden legal deberán valorarse, pues, tomando en consideración *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato, y las de otro de las que éste dependa* a que se refiere el último párrafo del artículo 10 bis 1 LGDCU. Se puede ir un poco más allá y alcanzar desde una interpretación sistemática las razones características del artículo 1258, tal y como vienen dadas en el artículo 10 bis 2 LGDCU³⁵. Más concretamente, el juicio de validez de una cláusula que se desvíe del derecho legal deberá considerar también todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, *sean conformes a la buena fe*. Y más allá todavía, estirando las razones del sistema, el criterio del precio adquiere también protagonismo: *en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...* (Exposición de Motivos de la Directiva 13/1993).

³² CAÑIZARES LASO, «Comentarios a la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 14 LGDCU», *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 1178.

³³ Cfr. QUICIOS MOLINA, «Comentario de la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 14.ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2000, p. 1062.

³⁴ Cfr. QUICIOS MOLINA, «Comentario a la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 9.ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2000, pp 997 y 1001.

³⁵ El control de contenido de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores significa un proceso complejo que gravita unitariamente sobre las exigencias de la buena fe. Siempre se trata de lo mismo: limpiar el contrato de cláusulas abusivas desde las exigencias de la buena fe y recomponer después el hueco dejado por la nulidad parcial con las exigencias de la buena fe. Se comprende fácilmente que el modelo de contrato de buena fe deberá ser el mismo en ambos momentos y que, por consiguiente, el intérprete deberá recomponerlo desde todas las razones del artículo 10 bis: las que dice para apreciar el carácter abusivo de una cláusula (art. 10 bis 1) y a las que remite para integrar el contrato (art. 10 bis 2).

Todas estas razones abren el contrato de buena fe hacia fuera de la norma. La ley y los usos realizan desde luego un contrato equilibrado, pero todavía se admiten otras oscilaciones lícitas del contenido de condiciones generales según las circunstancias siempre cambiantes del mercado. Este modelo abierto, no normado, del contrato de buena fe sería el que hipotéticamente hubiesen realizado en un mercado perfecto (competitivo) dos contratantes en condiciones de igualdad y debidamente informados para alcanzar utilidad sin las trabas del régimen legal.

Se podría hablar entonces de que el contrato razonable (de buena fe) no es aquel que maximiza la posición jurídica del consumidor. Las verdaderas mejoras son las que maximizan la utilidad total del comprador: aquellas que alcanzan la mejor proporción entre el precio y la utilidad obtenida, integrando en esta pesada, junto a la contraprestación, la oferta jurídica de derechos y obligaciones que actúan la realización efectiva de la prestación esperada o la cobertura jurídica en caso de incumplimiento³⁶. Se podría hablar también de la organización y atribución a dos bandas de los riesgos asociados con la realización del contrato y sus conexiones con el precio. La lógica del intercambio se hace con este mestizaje de razones y todo ello debe valorarse a los efectos de concretar la utilidad total del contrato. En el discurso se reconocen fácilmente las exigencias de la buena fe que actúan ahora en sentido negativo, paralizando la nulidad. El buen sentido de la sanción no se actúa si del contenido contractual resulta una proporción o equilibrio razonable en interés de ambas partes contratantes. Es decir, el contenido de condiciones generales es válido si está próximo a aquel modelo de referencia, sin perjuicio importante para el consumidor. Y esto es precisamente lo que viene a decir el artículo 10 bis LGDCU. Llegados a este punto el sistema se desactiva, o debería desactivarse. La realización imperativa de la nulidad pierde su razón de ser.

3.2 La sentencia TJCE de 1 de abril de 2004

Aquellas razones sobre el contrato de buena fe impregnadas de sutiles consideraciones económicas está calando en la argumentación jurídica europea. Recientemente el Tribunal Supremo alemán ha tenido que decidir sobre la validez de los recortes del régimen legal en los casos en que el consumidor consigue a cambio de la renuncia alguna otra ventaja jurídica o económica, entre ellas, un

³⁶ Sobre el contrato perfecto, Schäfer y Ott, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, 1991, p. 330

precio más ajustado. El contrato que actúa el conflicto constituye un ejemplo característico que sintetiza buena parte de la problemática de la contratación moderna. Es un contrato de condiciones generales, con cláusulas impuestas y no negociadas individualmente y, además, el adquirente es un consumidor. Más concretamente, una promotora había vendido una plaza de aparcamiento, aún por construir. De conformidad con una de las cláusulas predisuestas, el adquirente estaba obligado al pago total del precio por adelantado, antes, pues, de la entrega de la obra; más concretamente, desde el momento en que la promotora garantizase debidamente sus obligaciones, incluida, la devolución del precio en caso de incumplimiento, se actuaba la obligación de pago. Existía, pues, una cláusula que excluía, a modo de renuncia, el régimen de reciprocidad previsto en el artículo 641 del BGB. Las correspondientes garantías se realizaron por la promotora en forma de fianza bancaria. Pero el adquirente se negó a efectuar el pago por adelantado, alegando el carácter abusivo de la renuncia al régimen legal en el sentido característico del artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (AGBG)³⁷. Esto sí, posteriormente, cuando le fue entregada la plaza de aparcamiento, pagó la totalidad del precio de compra. Y aún alcanzando esta satisfacción, la promotora reclamó judicialmente los intereses de demora.

El Tribunal Supremo alemán valora las ventajas y desventajas de la cláusula controvertida en el marco del Derecho nacional. Admite que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula no está exenta de dudas. Por ello decide suspender el procedimiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: *¿debe calificarse como abusiva en los contratos celebrados con consumidores, una cláusula contenida en las condiciones generales de venta, en virtud de la cual el adquirente de una obra por realizar debe pagar la totalidad del precio de la misma con independencia de la evolución de los trabajos de construcción, si el vendedor constituye previamente una fianza bancaria a su favor que garantice las pretensiones pecuniarias del adquirente que pueden derivarse del*

³⁷ Artículo 9 AGBG:

1. Las disposiciones de las condiciones generales de contratación serán ineficaces cuando perjudiquen a la otra parte contratante de forma desproporcionada, en contra del principio de buena fe.

2. En caso de duda, se considerará que existe una desventaja desproporcionada cuando una disposición:

i. sea incompatible con las líneas fundamentales de la normativa legal de la que se separa o,

ii. limite los derechos o las obligaciones esenciales que se derivan de la naturaleza de contrato de tal forma que se ponga en peligro la consecución del fin contractual.

Actualmente, vid, artículo 307 BGB.

cumplimiento defectuoso o del incumplimiento del contrato? Al respecto resultan especialmente significativas las alegaciones del Gobierno alemán presentadas ante el TJCE. Argumenta, en particular, sobre la justificación de la renuncia. Las desventajas para el consumidor de la obligación de pagar el precio por adelantado se corrigen con la fianza bancaria prestada por el constructor. La devolución de los desembolsos de dinero está garantizada tanto en caso de incumplimiento como en caso de cumplimiento defectuoso e, incluso, respecto a la insolvencia del constructor. Y, además, el pago por adelantado reduce la necesidad del constructor de recurrir a créditos para financiar la obra, y, de esta suerte, el precio de adquisición se abarata.

La sentencia del TJCE decide en un sentido categórico: «Corresponde al juez nacional determinar si una cláusula como la controvertida debe calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores (en adelante, Directiva 13/1993)»³⁸. Pero todavía la argumentación de la sentencia precisa algunos criterios que, leídos despacio y en el contexto del problema, dejan entrever que la protección del consumidor en el ámbito europeo no es tan definitiva como en principio se pudiera pensar. En primer lugar, a modo de recordatorio de una lección olvidada, señala que el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren el carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente. E, igualmente, recuerda en tono casi didáctico que el anexo al que se refiere el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Una cláusula que figura en este anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede ser declarada abusiva.

El TJCE quiere dejar claro, en definitiva, que la cláusula controvertida significa una rebaja del régimen legal que, por tendencia, puede significar una desventaja contractual en perjuicio del consumidor. Pero precisa, por igual, que esta probabilidad significa una presunción relativa que cabe confrontar con la realidad particular del contrato. Desde abajo, desde las variables sociales y económicas que impregnan el significado del contrato, el juez nacional debe decidir si, en el caso concreto, existe un perjuicio relevante para el consumidor o, por el contrario, existe un equilibrio de buena fe. El criterio TJCE expresa, pues, una cierta moderación en la forma de

³⁸ Sentencia del TJCE (Sala 5.ª) de 1 de abril de 2004 (TJCE 2004, 96).

entender y organizar la protección del consumidor. Y, entre líneas, también se puede apreciar un entendimiento del contrato más acorde con la realidad económica. El intercambio se valora unitariamente, confrontando el significado jurídico con el precio.

Las reacciones doctrinales no se han hecho esperar. Algunas respaldan esta perspectiva³⁹. Pero también se conocen opiniones menos complacientes que rechazan contundentemente que el precio influya o deba influir en la valoración del carácter abusivo de una cláusula impuesta en condiciones generales⁴⁰. Se niega, pues, lo que viene dado en la propia motivación de la Directiva 13/1993. En particular con relación al supuesto característico de la STJCE de 1 de abril de 2004 se razona en el siguiente sentido: *«En primer lugar nos parece que el argumento del precio es rechazable porque está fundado sobre una simpleza: toda condición general tiene un reflejo en el precio y cuanto más perjudicial sea para el consumidor, más económica resultará al predisponente y, por lo tanto, ésta podrá tener una incidencia reductora en el precio del bien o servicio. El argumento del precio, por lo tanto, legitimaría por sí mismo cualquier condición general por muy abusiva que fuera...»*⁴¹. *La auténtica ratio decidendi de la Sentencia no puede ser y, de hecho no es, que la cláusula objeto de enjuiciamiento suponga una ventaja económica para el consumidor, porque este criterio por sí mismo no sirve para distinguir una cláusula abusiva de una que no lo es, ya que cualquier cláusula que, apartándose del derecho dispositivo, empeore la posición jurídica del consumidor puede conllevar, en abstracto, una reducción del precio. La razón de la validez de la cláusula no puede encontrarse sino en la constitución de una fianza bancaria que garantiza al consumidor la percepción de las cantidades debidas por el profesional en caso de mora o incumplimiento parcial o definitivo...»* *«Como acabamos de observar, la validez de la cláusula que obliga al comprador a cumplir anticipadamente con su prestación dineraria se determina con arreglo a circunstancias que inciden sobre el plano del equilibrio jurídico de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, como es la constitución de una fianza a favor del consumidor con renuncia al beneficio de excusión, y no atendiendo a la dudosa ventaja que*

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la Sentencia del TJCE (Sala 5.ª), de 1 de abril de 2004 (TJCE 2004, 96)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004-66, pp. 1389 ss.

⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Criterios de valoración de la abusividad de la cláusula que impone al consumidor cumplir anticipadamente con su prestación», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 9, 2006, pp. 498 ss.

⁴¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 498.

sobre el plano económico se puede derivar para el consumidor de un pago anticipado,...⁴²».

Este rechazo tan particular hacia el precio como variable de referencia en el control de cláusulas abusivas recuerda con facilidad a un discurso trabado en la tradición alemana. Se crea una línea de separación demasiado definitiva entre el contenido económico (precio-contraprestación) y el contenido jurídico del contrato. Sobre la primera variable se despliega limpiamente el principio de autonomía privada y sus razones derivadas: *quit dit contractuel, dit just*. La justicia del precio significa una cuestión propia de la oferta y la demanda, ajena al control de cláusulas abusivas: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles» (art. 4.2. Directiva). Es la competencia y no el derecho el que garantiza el equilibrio entre el precio y la contraprestación. Y a partir de aquí se seccionaba radicalmente el resto del contenido contractual sometándolo a una lógica netamente jurídica. En particular, en los contratos de adhesión, el régimen jurídico diseñado por el clausulado de condiciones generales se considera casi un sucedáneo del derecho dispositivo, bastando, respecto a él, la superación del control formal de incorporación. No se exige un consentimiento efectivo y previo a la conclusión del contrato porque para esto se actúa un control específico de cláusulas abusivas. Es decir, el consumidor puede confiar en que el derecho impuesto significa una trama de derechos y obligaciones que ofrece una cobertura razonable a sus expectativas contractuales, al estilo del Derecho dispositivo. Más claramente puede confiar en que la firma de ese clausulado general no va a suponerle ningún perjuicio relevante: si algún aspecto de esta reglamentación se desvía de forma importante del régimen legal podrá ser eliminado como cláusula abusiva y el contrato retoma el orden legal. El modelo de referencia se construye, pues, mirando hacia el Derecho dispositivo. La rigidez de criterio empieza aquí. La fuerza del modelo jurídico distorsiona la realidad de las condiciones generales de la contratación.

Las exigencias de la buena fe se hacen gravitar sobre la ley que deviene el parámetro de referencia para el control de contenido y para integrar el contrato. Es como si se adoptase la inercia de repetir lo que ya viene dado en la norma legal. Y ello influye también

⁴² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.* pp. 500-501.

en la forma de entender los usos. Se aceptan como Derecho dispositivo. Más concretamente, en los supuestos en que las normas legales aplicables resultan inapropiadas, bien por demasiado lejanas a las peculiaridades del contrato celebrado, bien, sobre todo, por no responder a las expectativas de las partes⁴³, la fuerza normativa de los usos termina imponiéndose sobre el régimen legal. No se concibe, pues, un sistema absolutamente cerrado sobre la ley. Pero la inercia aprehendida se actúa de nuevo. El contrato queda doblemente atrapado. De manera que si no es la ley, son los usos. Unos con otros permiten una forma fácil de pensar y re-componer el contrato que se prefiere al esfuerzo de averiguar otras razones de buena fe de la práctica jurídica. Y aún cuando se haya recorrido este tramo y se admitan oscilaciones de contenido arriba y abajo de la norma, el criterio doctrinal vuelve a tropezar con la dificultad de los modelos jurídicos. Es decir, se admite que el carácter abusivo de una cláusula se aprecie teniendo en cuenta *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato* (art. 10 bis LGDCU). Y con ello, en apariencia formal, se anda camino hacia un contrato de buena fe extramuros de la norma legal o los usos. Pero inmediatamente se vuelven a cerrar las filas sobre la abstracción jurídica en el siguiente sentido característico: la renuncia a un beneficio o ventaja jurídica del régimen legal tiene que estar justificada en la realización de otra ventaja jurídica. El juicio sobre la justificación particular de la renuncia actúa la regla estricta derecho por derecho, prescindiendo por completo del precio o de cualquier otra medida que no presente un envoltorio jurídico. En este sentido se precisa con toda contundencia que *la referencia que el artículo 4.1 de la Directiva 13/1993 efectúa al resto de cláusulas del contrato como elemento de valoración de la abusividad de una cláusula no negociada, no se extiende al precio sino únicamente al resto de las cláusulas de contenido normativo o jurídico del contrato*⁴⁴. Parte del camino andado se vuelve a desandar. No se consigue alcanzar un concepto de buena fe que integre la realidad económica del contrato.

No comparto, sin embargo, esta opinión tan definitiva ni tampoco algunos de sus planteamientos de partida. A mi entender la cuestión no es si la reducción del precio puede legitimar una cláusula abusiva, sino decidir precisamente sobre el carácter abusivo de la cláusula

⁴³ Sobre la insuficiencia e inadaptación del Derecho legal argumenta ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación...*, cit., pp. 365 ss.

⁴⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 500.

valorando a tales efectos, entre otras variables, también el precio. Comprendo la lógica del artículo 4.2 de la Directiva 13/1993 que excluye expresamente el control de los precios. Pero esto no significa que la validez del resto del contrato se convierta en una realidad jurídica, desvinculada por completo de la variable del precio.

Quizás lo que se podría entender es que el mercado –de buena fe, competitivo– enseña un contrato de buena fe que significa una composición característica de intereses jurídicos y económicos y que el mejor equilibrio, de buena fe, no significa siempre la inflación del contenido de derechos y obligaciones a cualquier precio, sino una proporción ajustada que realice la mejor utilidad del adquirente considerando una pesada global de ambas variables. Por esto mismo, en ocasiones, hay que volver la atención hacia el precio para decidir sobre el *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes* (art. 10 bis 1 LGDCU). Para realizar el control del contenido del contrato necesitamos retomar la referencia de los *contratos de buena fe* en los que el engaño, la competencia ilícita, el poder monopolístico... quedan excluidos, permitiendo esta circunstancia pensar en la realización de un orden contractual razonable, equitativo o justo, o como se quiera decir aquella razón de buena fe. Mirando hacia este modelo de contrato, tenemos que preguntarnos qué cláusulas de las que conforman el clausulado del contrato son buenas y cuáles malas. Nos preguntaremos si en un mercado organizado sobre la autodeterminación y capaz de funcionar en competencia conocería unas u otras y tomaremos este modelo de referencia para valorar el contenido de buena fe de las condiciones generales⁴⁵. Pero en ningún caso las mejores condiciones son las que maximizan la posición jurídica del cliente, sino, insisto las que maximizan la utilidad total del comprador, lo que por su parte depende del precio y la calidad del producto con relación a la particular distribución de riesgos (derechos y deberes). La validez de las condiciones generales se determina, pues, en una pesada global del contrato.

El supuesto particular de la STJCE de 1 de abril de 2004 habla por sí mismo de una estrecha conexión entre el precio y el contrato de buena fe. La fianza significa una protección extraordinaria del derecho de crédito que no se suele regalar en la práctica comercial. Las garantías se obtienen normalmente a cambio de precio; es decir, a cambio de un extra sobre el precio sin garantías. De esta suerte, a poco que se busque debajo del sentido jurídico de la fianza, surge

⁴⁵ Sobre la funcionalidad de la reconstrucción del modelo de contrato perfecto a los efectos de actuar el control de contenido incide el trabajo de SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil...*, cit., p. 263.

una razón económica vinculada con el abaratamiento del precio. El adelanto en el pago abarata el precio y, además, en el lote del precio viene dada una garantía. Seguramente si este ajuste de cuentas no arroja un saldo ventajoso para el consumidor, o hubiese tenido que pagar más precio a cambio de la garantía, la sustitución de la regla de reciprocidad (art. 641 BGB) por el pago anticipado no se valoraría de la misma manera. Con toda probabilidad se apreciaría un perjuicio para el consumidor contrario a las exigencias de la buena fe.

Y no se aleguen en contra algunas críticas bien trabadas a la teoría de los precios porque metodológicamente sirven para justificar el control de condiciones generales. Pero no para negar directa y frontalmente la relevancia del precio en la valoración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales. En efecto, una cosa es decir que en la adhesión a las condiciones generales no existe un acto de autodeterminación del contenido contractual y que el consentimiento no legitima la combinación entre el precio y la distribución de riesgos que resulta más conveniente; principalmente porque ha existido una asimetría informativa que propicia consecuencias perjudiciales para el consumidor⁴⁶. Y que por lo mismo el procedimiento de adhesión enmascara fácilmente el significado de la reducción del precio. El adherente no detecta la otra contrapartida de la jugada: la rebaja perjudicial de los derechos contractuales. Y que todo ello sin duda enturbia la competencia, repercutiendo negativamente en la lógica del intercambio⁴⁷. Y que, por lo tanto, en este ámbito característico, las exigencias de la buena fe predicen un control de contenido del contrato más intenso que en el ámbito del consentimiento. Esto hace ya tiempo que se comprende y se acepta. La competencia no se puede basar en la realización de cláusulas abusivas. Precisamente por ello apenas se discute la necesidad de un control amplio de las condiciones generales que reconduzca el contenido contractual a una cota razonable de buena fe. Pero otra cosa distinta, absolutamente diferente, más extrema, es prescindir del precio en el control de cláusulas abusivas, concretando la razón de decidir el contrato de buena fe en un modelo netamente jurídico que sólo reconoce el trueque de la renuncia de un derecho a cambio de otro derecho. Como si cual-

⁴⁶ La asimetría de información y sus efectos en la contratación fue constatada en el célebre escrito dedicado al mercado de los limones en el ámbito de la compraventa de coches usados: Akerlof, *The market for «Lemons»?: Quality Uncertainly and Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970-84, pp. 488 ss.

⁴⁷ Puede hablarse de un mercado de condiciones generales cuando el valor previsto de un riesgo puede ser advertido por el comprador con costes de información asumibles y puede ajustarlo correctamente dentro de la proporción precio y contraprestación; vid. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción al español Macarena Von Carstenn-Lichterfelde), Madrid, 1991, p. 331.

quier derecho en abstracto pudiese justificar la renuncia, prescindiendo de consideraciones sobre la utilidad económica del trueque.

3.3 Hacia la moderación de criterios

Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, la protección del consumidor habrá de entenderse en un sentido moderado que evite la tendencia fácil de hacer coincidir el orden contractual de buena fe con el orden legal. El criterio de decidir la validez del contenido del contrato habrá que ser mucho más condescendiente con la iniciativa privada entendida en un sentido amplio que llega a coincidir con la idea de libertad de mercado, reconociendo abiertamente que el contrato de condiciones generales puede alcanzar cotas tan razonables de buena fe como las que se alcanzarían al estilo tradicional en un acuerdo con todas sus notas de subjetivismo y voluntarismo plenamente actuadas. El imperativo no es realizar, pues, el Derecho dispositivo como primera y única plantilla del contrato, sino realizar un orden contractual según las exigencias de la buena fe. Respetando este límite, el contenido del contrato se puede dibujar sin cuadrícula. Las cláusulas de condiciones generales que excluyen o limitan el régimen legal habrán de valorarse también con un criterio relativo, admitiendo plenamente el concepto de *renuncia justificada*. O si se prefiere dicho lo mismo en negativo, la nulidad habrá de integrar el concepto de perjuicio entre sus presupuestos. La sanción deviene también relativa. No sanciona en abstracto cualquier renuncia, sino la *renuncia perjudicial*. Seguramente estas adjetivaciones de la renuncia vienen dadas en el sistema de control de cláusulas abusivas previsto en la Ley. Pero quizás la práctica jurídica no las haya aprendido con suficiente fuerza o las olvide con el tiempo, y ello propicie algunos devaneos extremos hacia el orden legal.

No obstante ello, a pesar de la moderación, en el ámbito característico de la imposición de contenidos, la renuncia está bajo sospecha desde el principio, en el sentido característico que ya explicaba el profesor De Castro. La exclusión o limitación del orden legal constituye un instrumento privilegiado para organizar un beneficio del profesional a costa del perjuicio desproporcionado del consumidor. Este peligro históricamente constatado y aprendido destila por sí mismo una presunción favorable de perjuicio. En esto consiste precisamente la especialidad de la protección. El ordenamiento jurídico tiene preparado un sistema de alta precisión que se activa con la renuncia a modo de guardián de la buena fe. Sobre la lógica general del artículo 1255 que a lo más destila una ratio de buena fe se organiza ahora una cómoda presunción de

perjuicio que significa ya un recurso especial que la técnica jurídica pone a disposición del consumidor. El vendedor es quien debe probar la validez circunstancial de la renuncia para eludir la nulidad. Con esta propuesta el sistema proteccionista pierde automatismo y quizás, aparentemente, eficiencia. Pero, en realidad, no tanta como se pudiera pensar. El consumidor mantiene una posición favorable. Los costes de hacer valer en el caso concreto la justificación de la renuncia corren a cargo de quien mejor puede organizarlos y asumirlos: el contratante profesional o empresario.

Las consecuencias de la ineficacia deberán ser igualmente moderadas. Las cosas en este sentido son claras. La nulidad recae puntualmente sobre la renuncia (nulidad parcial). El resto del contrato se mantiene en pie (art. 10 bis.2 LGDCU). Esta forma de organizar la nulidad actúa hacia delante y no hacia atrás. No se trata de hacer caer una sanción definitiva sobre el contrato que impida su realización, sino precisamente de lo contrario: de hacer el mismo contrato, pero con mejor orden. La sanción de nulidad debe actuar, pues, dentro del contrato para salvar precisamente la realización del contrato. La ineficacia del contrato constituye un último remedio de carácter excepcional. Naturalmente la nulidad parcial lleva implícito un segundo momento. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil* (art. 10 bis.2 LGDCU).

El orden legal deviene, de nuevo, el estandarte de la justicia contractual y pasa a ocupar el sitio que dejan las cláusulas anuladas. De esta suerte, a modo de último remedio, el derecho dispositivo deviene «imperativo». O quizás para no seguir forzando el concepto de derecho imperativo sería mejor decir que finalmente se actúa la función característica del derecho dispositivo: deviene derecho supletorio «por defecto» de los pactos, cláusulas y condiciones contractuales. Los usos también significan un criterio de integración del contrato muy próximo a estas razones.

El artículo 1258 traspasa, sin embargo, la barrera fija de los moldes normados hasta alcanzar otras razones de buena fe para la recomposición del contrato. Al lado de la Ley y los usos deberán considerarse elementos tan heterogéneos como la publicidad comercial del producto, las reglas de la profesión u oficio, los presupuestos previos a la contratación, etcétera⁴⁸. No sólo para declarar abusiva una cláusula sino también para sustituirla deberá consi-

⁴⁸ El protagonismo de estos elementos en el juicio sobre el contrato de buena fe es resaltado por PASQUAU LIAÑO, «Comentario a la Disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: Artículo 10 bis.2 LGDCU», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pp. 791 ss.

derarse un concepto de buena fe abierto a los elementos de la realidad económica que rodean el contrato. Los usos significan un competidor de primer orden frente a la ley en la tarea de integrar el contenido del contrato parcialmente anulado y expresan de forma especial las razones de un mercado dinámico. Pero también cabe aprender razones de buena fe de aquellos parámetros de referencia. El orden contractual se va haciendo así con elementos, razones o exigencias variadas. Lo mismo se concreta en la norma que aprehende razones del mercado, lo mismo adquiere matices netamente jurídicos que entremezcla razones económicas. Y todo ello deviene el modelo de referencia de la nulidad y sus consecuencias.

Precisamente porque la buena fe es un concepto relativo, el juez dispone de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de la ineficacia (art. 10 bis. 2 LGDCU). En una primera apariencia la moderación puede considerarse como una forma característica de organizar la ineficacia, alternativa a la integración. Se puede pensar que el juez, en vez de realizar la integración con los modelos previstos en el artículo 1258 del Código civil, decide una solución abierta –en equidad–. En el supuesto del que trae causa la sentencia TJCE de 1 de abril de 2004, el juez alemán puede llegar a considerar que la garantía que se le ofrece al consumidor no es suficiente para salvaguardar el equilibrio de buena fe del contrato, pero en vez apreciar la nulidad de la renuncia y actuar en cadena la ineficacia de las cláusulas que establecen la obligación del pago anticipado y de la garantía, puede considerar que el equilibrio de buena fe del contrato se salva estableciendo una garantía más ventajosa para el consumidor; a primer requerimiento, por ejemplo. Pero esta forma de hacer sólo significa en verdad un rodeo jurídico para explicar la ineficacia de la cláusula abusiva y la realización por el juez de un orden contractual de buena fe, distinto del legal. Es decir, se recurre a la idea de moderación para decir que el juez decide sin el molde de la norma. Pero todavía aquella tarea judicial significa integrar el contrato *con todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe* (art. 1258 del Código civil).

En fin, hilando las razones de este discurso podemos, incluso, generalizar la moderación de criterios. Cabe argumentar de más a menos: si la sanción de nulidad no se realiza necesariamente sobre la renuncia impuesta con menos justificación lo hará sobre la renuncia negociada (cláusula negociada individualmente). Si las consecuencias de la nulidad no deben entenderse de forma absoluta en el ámbito de la imposición mucho menos deben extremarse en el ámbito de la autonomía privada. La buena fe se realiza con

criterios más moderados desde la razón general del artículo 1255 que desde la franja acotada por el artículo 10 bis LGDCU.

4. **LARATIO DE BUENA FE DE LAS NORMAS SUSTANCIALMENTE IMPERATIVAS: ARTÍCULO 4 DE LA LGVBC**

Como última cuestión nos ocuparemos de las normas que pretende la realización puntual y estricta de un determinado orden legal. Las razones de política jurídica han detectado disfunciones tan esenciales en el sistema contractual y en el mercado como para decidir una actuación más definitiva. Las exigencias de la buena fe son tan extremas que actúan un régimen sustancialmente imperativo. Ahora sí. La autonomía privada está trabada por un mínimo legal infranqueable. La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo nos ofrece una norma de estas características. El enunciado del artículo 4.2 es definitivo: *La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores es nula...* El consumidor recibe, pues, un paquete cerrado de derechos a modo de regalía jurídica. El clausulado del contrato puede darle más, pero nunca menos. Las primeras apariencias hablan así de las bondades de un sistema que fortalece de forma privilegiada la situación jurídica del consumidor.

La Directiva 44/1999⁴⁹ ha significado, en efecto, una regulación especial y característica de la compraventa de bienes de consumo⁵⁰. La LGVBC trae consigo nuevos aires jurídicos más acordes con las razones actuales de la economía de mercado. Rompe con la tradición romana de la codificación vinculada con el concepto de vicios ocultos y las acciones edilicias, e incorpora el binomio conformidad-incumplimiento, pensado y organizado en claves muy próximas a la lógica del Convenio de Viena⁵¹. Esta avanzadilla jurídica deviene, sin embargo, limitada en su alcance. La Ley, siguiendo a pie juntillas el mandato estricto de la Directiva, se ocupa exclusivamente de las relaciones entre un vendedor profesional y un consumidor, despreciando la oportunidad de reorganizar, de una vez por todos, con carácter general, la estructura del contrato de com-

⁴⁹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁵⁰ Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC).

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas, 11 de abril de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adhesión de España por instrumento 17/7/1990 (BOE 30 de enero de 1991).

praventa⁵². De nuevo el particularismo del Derecho comunitario contagia las iniciativas nacionales. El peso de lo particular no deja andar camino hacia la modernización del Derecho contractual⁵³.

La protección del consumidor deviene, pues, el estandarte de la LGVBC. La exposición de motivos define abiertamente el plan de actuación. Se quiere un orden imperativo que trace un camino seguro a seguir para satisfacer las expectativas del adquirente de bienes de consumo⁵⁴. El artículo 4.2 concreta esta razón. Realiza una propuesta lineal: la renuncia actúa la nulidad, sin más concesiones. No existe variable alguna que altere la razón directa entre una y otra proposición. El orden legal marca el ritmo, castigando cualquier desorden con una sanción automática y definitiva.

El precepto generaliza, además, esta lógica, sin distinción de trato entre las cláusulas impuestas y las negociadas. Supera, así, el modelo diseñado por la LGDCU limitado en su alcance por el concepto de cláusula negociada individualmente. Donde existe negociación no se aprecia la necesidad de actuar un control específico. Se presupone la buena fe. Basta, pues, el artículo 1255 del Código civil. O visto el otro lado del problema, sólo donde existe imposición (cláusulas no negociadas individualmente), se presupone un distanciamiento de cierta relevancia jurídica entre el clausulado del contrato y las exigencias de la buena fe. Es la forma particular de contratar, el procedimiento de imposición de contenidos, lo que explica el control de cláusulas abusivas. Pero el artículo 4 LGVBC

⁵² El defecto de la cosa no es un problema exclusivo del consumidor, sino una cuestión de más hondo calado, estrechamente vinculada con la forma características de organizar la relación de fuerzas en la economía de mercado. La tendencia hacia la especialización en el ámbito económico propicia también la especialización jurídica del vendedor. La falta de conformidad deviene un problema característico de incumplimiento vinculado jurídicamente a la esfera de organización y control del vendedor (al menos en primera línea de fuego; después puede repercutir sobre el fabricante o productor). El defecto de la cosa significa, pues, un problema del vendedor que alcanza por igual las relaciones entre profesionales y las estrictas relaciones de consumo. En un sentido parecido se habla de transformación del concepto de objeto. El vendedor no debe entregar la cosa, sino un bien de las características esperadas (ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, 2002, pp. 8 ss.; MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2003, p. 1616). Otra cosa distinta es que la condición de consumidor signifique una protección especial en aspectos particulares de régimen jurídico (carácter imperativo de los derechos del comprador, presunción de la falta de conformidad en el momento de la entrega, transparencia de las garantías convencionales...).

⁵³ Esta estrechez de miras ha sido denunciada abiertamente por el profesor MORALES MORENO («Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre, 2003). Más concretamente, aboga por una solución al estilo alemán; es decir, por un cambio sustancial de la estructura general del contrato de compraventa sustentado en el concepto de falta de conformidad-incumplimiento.

⁵⁴ «Las disposiciones de la Directiva poseen carácter imperativo de modo que no cabe pactar cláusulas que excluyan o limiten los derechos conferidos al consumidor. En consecuencia, esta Ley otorga este carácter imperativo a todos los derechos reconocidos en la misma» (párrafo segundo de la Exposición de Motivos, *in fine*).

va más lejos. Establece un ámbito de actuación de amplio alcance. Cualquier renuncia es nula, en general. La protección del consumidor se intensifica. Es como si se viene a entender que la debilidad del consumidor se manifiesta, incluso, en la negociación. El problema no es ya propiamente la imposición de contenidos, sino la asimetría entre las partes contratantes. Se sospecha de la debilidad del consumidor en las ventas de bienes de consumo, considerando, que, en el momento de contratar, no es capaz de reconocer los perjuicios que implica la renuncia.

Pero no todo es generalidad. El artículo 4 LGVBC organiza la protección del consumidor tomando como punto de inflexión de la nulidad el momento previo o posterior de la renuncia: la previa es nula; luego, la posterior, no. Y todavía cabe considerar otras precisiones. Interpretada la ratio del precepto con la norma de referencia, resulta el momento particular de la renuncia. No vincularán al consumidor los acuerdos celebrados «antes de que se indique al vendedor la falta de conformidad» (art. 7 de la Directiva 44/1999)⁵⁵. Los posteriores, por tanto, sí. Habrá de entenderse que aquella indicación significa ya la posibilidad de una renuncia más consciente. En primer lugar, el defecto se ha manifestado y, en segundo lugar, el consumidor ha realizado, o razonablemente, ha podido realizar, una primera pesada de las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de conformidad. Visto de cerca el incumplimiento, el comprador decide, o podría decidir, con conocimiento de causa, la limitación o exclusión de los derechos legales. Antes no.

Quizás el problema «previo» siga siendo de procedimiento. O, más concretamente, el tipo de ventas. El acto de consumo es un acto de voluntad en gran medida precipitado e impuesto por la lógica del mercado, incluso, cuando existe negociación. El vendedor contrata en campo propio y conociendo (o debiendo conocer) las reglas del juego en su condición de profesional, mientras que el consumidor negocia la renuncia a tanto alzado, sin llevar ajustada la cuenta de resultados. El adquirente consiente, en verdad, las variables contractuales esenciales: precio-contraprestación. Las distintas ofertas de mercado sí significan una medida de comparación y especialización para decidir este aspecto. Pero el consentimiento falla en la pesada jurídica. La especialidad y los conocimientos en este ámbito son propios del contratante profesional o empresario. Los costes de la información no son asequibles para el contratante de a pie. Valorando, pues, el consentimiento del consumidor sin formalismos jurídicos se puede entender como una voluntad debilitada, sin fuer-

⁵⁵ Directiva 44/1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

za suficiente. Se realiza, pues, una valoración realista. Incluso en las cláusulas negociadas individualmente hay menos negociación de lo que en un principio se pudiera pensar. En este sentido característico, se presupone que el adquirente no es capaz de comprender desde lejos la jugada que está haciendo. Como no tiene todavía delante el problema del incumplimiento, como todavía no es un problema actual, no aprecia que la renuncia deja colgadas en el aire sus expectativas prestacionales. La forma en que se realiza este perjuicio es indiferente. Tanto si existe imposición como negociación –cláusulas negociadas individualmente–, la renuncia significa un perjuicio bastante posible a los efectos de justificar plenamente un control estricto del contenido contractual⁵⁶.

Y para males endémicos, soluciones definitivas. La protección del consumidor queda fijada en una cota de mínimos. Pueden concederse más derechos al consumidor, pero nunca menos de los establecidos en la Ley. La renuncia que impide rellenar la cuadrícula legal deviene nula. De esta suerte el sistema proteccionista gana mucho en eficiencia. La sanción no se puede moderar con variable alguna. Y por supuesto queda descartada la referencia al precio. Sencillamente cualquier precio debe asegurar la actuación del régimen legal. Los derechos legales vienen dados en bloque con la adquisición de un bien de consumo, sin admitir ninguna oscilación negativa que reduzca a la baja aquel bloque compacto.

Aparentemente esta opción de política legislativa parece la mejor solución, la más limpia y definitiva, para fortalecer la situación jurídica del consumidor. No quedan resquicios para el desorden contractual. Sencillamente existe una simetría absoluta entre el orden legal y el contrato de buena fe. No obstante todavía existen algunos indicios, sutiles pinceladas en el razonamiento, que suavizan las bondades de un sistema tan lineal que no deja ningún recoveco para pensar otras combinaciones del contrato de buena fe. Se comprende la alta cota de protección que este sistema ofrece al consumidor, pero, al mismo tiempo, se quiere hacer la contra mostrando algunas sombras.

En primer lugar, de tanto mirar de cerca al consumidor, se desconoce la situación jurídica del otro contratante. La sanción de nulidad recae directamente sobre la renuncia de derechos, ignorando las razonables expectativas contractuales de la otra parte contratante.

⁵⁶ El artículo 8:109 Principios Lando generaliza también el control sobre las cláusulas de exclusión o limitación de los medios de protección del crédito. Está pensado para todo tipo de cláusulas que puedan resultar contrarias a la buena fe, también para las cláusulas negociadas individualmente. Consultar «Comentario al artículo 8:109», en *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, ed. Ole Lando y Hugh Beale, Madrid, 2003, pp. 565 ss.

Más concretamente cuando el contrato establece distintos precios: el caro y el barato, que, respectivamente, se corresponden con la oferta del régimen legal y otro diseño más modesto del contenido contractual, las consecuencias de la nulidad deberían ser más templadas, valorando conjuntamente todos los intereses implicados. La moderación de criterio viene dada desde las consecuencias extremas en las que desembocaría la realización lineal de la nulidad sobre la renuncia. El consumidor ondeando simplemente su bandera obtendría el régimen más beneficioso a cambio de un precio ventajoso. Y el vendedor debería costear la regulación legal a bajo precio. Entonces se podría hablar de ruptura del equilibrio contractual y retomar un discurso que resaltase la lógica esencial del intercambio. Es decir, la caída de parte del acuerdo provocaría una tal alteración de la economía del contrato, que el mantenimiento y la ejecución de la parte restante comportaría provechos para el adquirente y sacrificios para el vendedor contrarios a las exigencias de la buena fe. Y desde aquí, simplemente cerrando filas sobre esta razón principal, se podrían alcanzar consecuencias más moderadas. Si la nulidad está al servicio de la buena fe, los efectos derivados de la misma no deberían significar el sabotaje definitivo del intercambio. El contrato siempre debe significar la realización de una cota razonable de utilidad a dos bandas. Cada parte contratante debe obtener lo suyo. La nulidad significa, o debería significar, unas consecuencias menos definitivas para los intereses del vendedor. Desembocamos, pues, en un problema tradicional en materia de nulidad parcial. Se trata de delimitar qué partes de un contrato deben ser declaradas nulas para alcanzar un equilibrio de buena fe⁵⁷. Más concretamente, en el caso de que exista un acuerdo de aquellas características, las alternativas serán, o deberían ser, dos: bien dejarlo todo como lo han pactado las partes o bien anular el pacto ilícito, pero en bloque, sin descomponerlo de modo ventajista para una parte. Bajo la sanción de nulidad caerían por igual la renuncia de derechos y la rebaja del precio, recolocando el contenido del contrato en el orden legal y el precio en la otra variable opcional. Como decíamos, la buena fe desdobra su funcionalidad: significa fundamento y límite de la protección del consumidor, al mismo tiempo. Y en este sentido característico las consecuencias de la nulidad se extienden al pacto entero y el contrato retoma por completo el otro orden establecido. Y no se alegue en contra el argumento fácil del precio como límite institucional del control de contenido. El precio alternativo le viene dado al juez en el propio contrato.

⁵⁷ Vid. PASQUAU LIAÑO, «Comentario a los artículos 9 y 10 LCGC» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, pp. 301 ss.

En segundo lugar, cabe preguntarse sobre la realidad de las bondades de las normas imperativas, pensando las repercusiones indirectas sobre los precios de mercado u otras variables económicas. Lo que resulta eficiente desde una perspectiva puede no serlo desde otra. No debe olvidarse que, desde la razón generalizada de muchas de estas normas proteccionistas, la acometida se emprende contra el reducto institucional de la voluntad del consumidor, pasando incluso por encima de las cláusulas negociadas individualmente. Es como venir a entender que cuando el consumidor negocia, siempre negocia mal; o, si se prefiere, que negocia mal por tendencia. En fin, que no sabe cuidar de sí mismo: ni entiende y ni decide con acierto. El consumidor deviene un incapacitado contractual al que se debe proteger siempre, por necesidad. Sin embargo, todavía cabe considerar supuestos característicos en los que comprar a menos precio a cambio de ciertos recortes del régimen legal puede significar una solución ajustada no sólo a los intereses de las partes contratantes, sino igualmente a la lógica de la competencia. Más concretamente, si garantizar un derecho significa para el vendedor costes excesivos y el precio establecido en el contrato es claramente inferior al de mercado, la renuncia negociada sigue siendo, al modo tradicional, una buena manera de realizar el contrato de buena fe.

Existen otras bazas que pueden moderar el fervor de criterio hacia las normas imperativas. A poco que profundicemos en aquella ratio de protección el significado cambia. Lo que se predica como un régimen de regalías jurídicas para el consumidor se convierte después en un orden impuesto.

La exposición de motivos de la LGVBC proclama la situación jurídica del consumidor con un bombo exagerado como si, en verdad, fuese la razón de decidir el cambio de régimen jurídico de la compraventa. No obstante existen otras razones desde las que plantear los cambios. A mi entender, la nueva regulación tiene el mérito principal de reconducir el «defecto» (falta de conformidad) al ámbito de la responsabilidad profesional del vendedor, desterrando la lógica extraordinaria del saneamiento por vicios ocultos que más bien había sido concebida históricamente como una pequeña concesión hacia el comprador, imputando riesgos moderados y bastante limitados en el tiempo al vendedor. Digamos que, en la lógica de las acciones edilicias, el defecto todavía no era pensado como un evento vinculado al ámbito de la organización económica del vendedor. O si se prefiere, la condición de vendedor todavía no se había *profesionalizado*. Las tornas cambian por completo en la LGVBC en aquel sentido característico que acabamos de explicar. En pocas palabras, el defecto significa ahora un problema de

incumplimiento a cargo del vendedor: *responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que existe en el momento de la entrega del bien* (art. 4 LGVBC)⁵⁸.

Con la referencia al incumplimiento se pierde buena parte de la ratio proteccionista de la LGVBC y de la pretendida especialidad de los derechos que concede al consumidor. En particular, los remedios que establece la Ley (art. 5 y siguientes) responden a la esencia más elemental del sistema contractual. La resolución o la rebaja del precio no constituyen regalías o derechos de ratio proteccionista, sino respuestas tradicionales al problema de los defectos ocultos de la cosa adquirida. Y no se diga que la reparación y la sustitución constituyen concesiones extraordinarias al consumidor de la LGVBC respecto a la estrechez de los remedios edilicios, porque la práctica jurídica ya tenía aprehendidos aquellos remedios del sistema general (art. 1101 y siguientes del Código civil). Se podría decir que estos remedios son las respuestas al incumplimiento más cercanas a la propia esencia del vínculo contractual.

Además, la Ley establece una jerarquía entre los remedios. El consumidor en primera línea sólo puede exigir la reparación o la sustitución. La resolución o la rebaja del precio actúan en la retaguardia, como último recurso. Es decir, aunque el incumplimiento sea *grave y esencial*, el comprador tiene cerrada la salida del contrato hasta que no se hayan actuado la reparación o la sustitución (art. 7 LGVBC). ¿Significa esto acaso una regalía para el consumidor que ha visto con sorpresa que el bien que acaba de comprar tiene un defecto esencial que impide realizar por completo la utilidad razonablemente esperada? ¿Significa un mejor derecho hacerle pasar necesariamente por la reparación o la sustitución cuando en realidad la solución más limpia y menos engorrosa en muchas ocasiones es salir del contrato y empezar de nuevo con otro vendedor o, al menos, con otra marca más fiable? ¿No se podría pensar que el orden legal está pensando en ofrecer una segunda oportunidad al vendedor? Si no acierta a la primera (falta de conformidad), puede sustituir o reparar; pero, finalmente, consigue colocar el producto. Llegados a este punto la protección de la Ley está ya más cerca del vendedor que del comprador.

La relación entre la reparación y la sustitución también es jerárquica. Lo que la primera frase del artículo 5 presenta como una opción termina siendo muy pronto un orden impuesto: *el consumi-*

⁵⁸ FENOY PICÓN decide el fundamento de la falta de conformidad en el incumplimiento del vendedor y con el trazo seguro de argumentos históricos y sistemáticos marca las distancias conceptuales y de régimen jurídico de esta razón con el error, las acciones edilicias y el dolo del vendedor (*El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 149 ss.).

dor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada... Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor. De nuevo la excepción de la norma puede ser interpretada con una ratio de favor hacia el vendedor, no hacia el comprador. Aunque desde el primer día el bien adquirido no funcione, y el adquirente quiera la solución fácil y rápida de arreglar el entuerto reclamando otro nuevo, no podrá optar directamente por la sustitución si se produce aquella desproporción. Y obsérvese que la medida de la desproporción viene dada desde variables económicas que terminan arrojando un saldo a favor de la reparación que prácticamente significa un remedio más razonable para el vendedor que la sustitución. Piénsese que los residuos de la sustitución (bienes usados) no siempre tienen una salida fácil en el mercado. El adquirente, por tanto, con una razón de normalidad, tendrá que esperar pacientemente la reparación del bien y participar al menos durante un tiempo del problema del incumplimiento.

Vistas las cosas desde esta perspectiva particular, los proclamados derechos legales significan, en rigor, la realización de un orden impuesto. Bajo el estandarte de la justicia contractual, se realiza una ratio que, pensando despacio las cosas, no se sabe muy bien a quién termina de beneficiar. En primera línea parece actuar el interés del consumidor; pero, en la retaguardia, bien camuflados, batallan los intereses del vendedor. También se puede pensar que, a cambio de una segunda oportunidad (reparación o sustitución), el vendedor puede moderar la repercusión del problema del incumplimiento sobre el precio y que, por lo tanto, a la larga, el precio más ajustado realiza el interés del consumidor. Entonces seguiríamos hablando de las bondades del régimen imperativo. Para averiguar los resultados de la Ley toca esperar y comprobar en el tiempo los efectos. Pero, al menos, de por medio hemos salvado la trampa de caer directamente en el eslogan proteccionista de la Ley, pensando las verdaderas razones que existen por detrás.

Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español*

JUAN F. HERRERO PEREZAGUA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El acceso a la justicia es el primer condicionante de la satisfacción de la tutela jurisdiccional. Ésa pelagra por la degradación de la calidad de las decisiones, lo que suele ser consecuencia de una excesiva carga de trabajo de los tribunales. Aumentar el número de casos resueltos ha constituido un objetivo constante de la actuación legislativa. Más problemático resulta fijarse como objetivo la disminución de los asuntos que acceden a los tribunales. Hacerlo supone incidir en alguno de los aspectos siguientes: el sentido predecible de las resoluciones; las limitaciones a la procedencia de los recursos y el control de su admisibilidad; las tasas judiciales; los cauces alternativos a la jurisdicción estatal.

El acceso puede venir también condicionado por factores que hacen sopesar al justiciable si decide hacer valer sus derechos ante los tribunales o si, por el contrario, opta por su sacrificio. El coste del proceso actúa como factor disuasorio de la solicitud de tutela. La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón. Desde tan fecundo principio debe observarse cómo se articula la respuesta que el ordenamiento ofrece para regular el pronunciamiento sobre costas. Al tiempo, hay que examinar cómo se logra que quien carece de recursos económicos pueda acceder a la justicia, de conformidad con el mandato constitucional. Al análisis de tales aspectos se destina el presente trabajo.

ABSTRACT

Access to justice is the first burden to overcome in order to satisfy judiciary tuition. Judiciary tuition is endangered due to the degradation of sentences and resolutions deriving from the fact that Courts are overworked.

* Este trabajo constituye la ponencia española sobre el tema *Access to justice, costs and legal Aid* (ponente general Ugo MATTEI) remitida en septiembre de 2005 al XVII th Congress of International Comparative Law (Utrecht, 16-22 July 2006).

Increasing the amount of courts decisions has been a constant aim in legislative action. It is more difficult, whatsoever, to decrease the amount of cases that get to Court. Doing so demands focussing on one of the following topics: making resolutions more foreseeable, limiting the admission of cases or enforcing their admission controls, Court fees, alternatives to judicialisation.

Access to justice might be also conditioned by other factors that lead to the potential litigant to weight whether or not go to Court to have his rights acknowledged. Legal costs are a deterrent. Going to Court can not turn out in an economic loss for the winning plaintiff. Bearing this statement in mind one must analyze the legal system in order to award legal costs. At the same time it is needed to analyse how to ensure that those less favoured can access to Court in order to fulfil the Constitutional demand. These are the topics this paper analyzes.

SUMARIO: I. *Acceso a la justicia.* 1. Acceso a la justicia y litigación. 2. Acceso a la justicia y freno a la litigación. A) El sentido predecible de las resoluciones. B) Limitaciones a la procedencia de los recursos y el control de su admisibilidad. C) Las tasas judiciales. D) Cauces alternativos a la jurisdicción estatal. a) El arbitraje. b) El arbitraje de consumo.-II. *Las costas del proceso.* 1. El coste del proceso como problema. A) Coste y financiación de la justicia. B) El coste del proceso. C) El seguro de defensa jurídica. 2. La determinación de las costas. A) Honorarios de abogado y derechos de procurador. B) Inserción de anuncios o edictos. C) Derechos de peritos e indemnizaciones de testigos. D) Otros gastos (gastos que son costas, gastos que no lo son y casos dudosos). a) Expedición de documentos y derechos arancelarios. b) Actuaciones concretas que generan costas. c) Los depósitos necesarios para la interposición de recursos no son costas. d) Las tasas judiciales. 3. La condena en costas: criterios de imposición. A) El vencimiento: regla y excepción. B) El vencimiento parcial. C) El criterio de la temeridad. 4. El sujeto obligado a reembolsar las costas. 5. La impugnación del pronunciamiento sobre costas y de su omisión. 6. La tasación de costas.-III. *La asistencia jurídica gratuita.* 1. Consideraciones generales. 2. Sujetos beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita. A) Personas físicas. B) Personas jurídicas. 3. Presupuestos para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. A) La insuficiencia de recursos para litigar. B) Litigar por derechos o intereses propios. C) La sostenibilidad de la pretensión. 4. Contenido de la asistencia jurídica gratuita. A) Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador. B) Inserción gratuita de anuncios o edictos. C) Pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos. D) Asistencia pericial gratuita. E) Reducción o exención de derechos arancelarios. F) Intérpretes y traducciones. 5. La incidencia del pronunciamiento sobre costas en los casos de justicia gratuita. A) Pronunciamiento favorable al beneficiario de la justicia gratuita. B) Imposición de costas al beneficiario de la justicia gratuita. C) Conclusión del proceso con una sentencia favorable al beneficiario de la justicia gratuita sin imposición de costas

I. ACCESO A LA JUSTICIA

Se podrá discrepar acerca de qué debe entenderse por el derecho de acción, ya se conciba éste en sentido abstracto o concreto, pero habrá que convenir que el primer derecho que los justiciables tienen en relación con la jurisdicción es el de acceso a los tribunales. Consiste éste en dirigirse a los órganos jurisdiccionales solicitando la tutela del Derecho. Queda así integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 CE. Las clases de tutela jurisdiccional que en los procesos civiles se puede pretender son enunciadas por el artículo 5 LEC: tutela declarativa (meramente declarativa, constitutiva o de condena), ejecutiva, cautelar y «cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la Ley»¹.

Pero cuando del acceso a la justicia se habla en un sentido genérico, se quiere expresar algo más que el derecho a pedir o a pretender. Se alude, en primer lugar, a la regulación positiva que ordena la obtención de cualquiera de esas clases de tutela jurisdiccional por el litigante que tiene interés legítimo. Pero se refiere también, y en segundo lugar, a los condicionantes no estrictamente normativos que el justiciable sopesa cuando ha de decidir si hace valer sus derechos ante los tribunales o si, por el contrario, declina ese ejercicio y asume el sacrificio que ello comporta.

Ocuparse del primer aspecto no es otra cosa que abordar el estudio de las instituciones procesales (los presupuestos, los sujetos, el objeto, el procedimiento, las alegaciones, la prueba, la resolución, los recursos, la ejecución, las medidas cautelares), en definitiva, de todo aquello que constituye el objeto de la disciplina del Derecho procesal. Afrontar lo segundo incide sobre aspectos de variada índole (duración del proceso, coste, eficacia de las distintas instancias y grados jurisdiccionales, litigiosidad, huida del proceso y medios alternativos de resolución de conflictos) cuyo análisis ha de ser acometido desde distintas perspectivas científicas (económica, sociológica, lingüística y también, cómo no, jurídica).

Lo que estas páginas se proponen es dar cuenta, desde un punto de vista jurídico-procesal, de la respuesta legislativa y jurisprudencial que encuentra en España algunos de los aspectos que hemos considerado comprendidos en el segundo bloque y, señaladamente,

¹ Al respecto de esta cláusula de cierre, afirma DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid, 2001, p. 78, que no es vacua: «significa que, además de las clases de tutela expresamente mencionadas, sólo cabe pretender lo que encaje en previsiones legales expresas»

el problema del coste del proceso y de la asistencia jurídica gratuita en el orden jurisdiccional civil. Antes de acometer con carácter específico este extremo, conviene no omitir algunas observaciones.

1. ACCESO A LA JUSTICIA Y LITIGACIÓN

El progreso social –cuando menos, la evolución, si no se comparte la idea de avance, sino tan sólo la del devenir–, al igual que el económico, trae de la mano una creciente complejidad de las relaciones y, con ella, el surgimiento de nuevos conflictos y la multiplicación de sus modalidades. El incremento de la conflictividad provoca un aumento de los índices de litigación y litigiosidad que desborda la capacidad de respuesta de nuestros tribunales: el número de asuntos que «entran» en los juzgados supera el número de resoluciones finales (sentencias y autos definitivos) que se dictan en igual período², lo que da lugar al fenómeno que gráficamente se conoce como «atasco judicial», en definitiva, a la demora en la decisión de los procesos.

La lentitud, sentida casi como un mal endémico de la Administración de justicia, se ha convertido en un objetivo a combatir de modo principal, con descuido, en no pocas ocasiones, del sacrificio que una tramitación rápida y una pronta terminación de los asuntos comporta. El sacrificio no es otro que el acierto en el enjuiciamiento, la motivación de las decisiones y el respeto a las garantías procesales. Por ello, ha llegado a afirmarse que «nuestra política judicial ha apostado por la cantidad, no por la calidad: prima la Administración no la Justicia»³. El régimen de retribuciones de los jueces y magistrados por objetivos es buena muestra de ello⁴.

² Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2003 y por lo que respecta al orden jurisdiccional civil, el número de asuntos ingresados fue de 1.138.744 frente a 1.069.928 asuntos resueltos; al final del año se encontraban en trámite 728.229; las sentencias dictadas ascendieron a 417.133. Por lo que a las ejecuciones respecta, 320.370 fueron las registradas, 267.843 las resueltas; al final del año se hallaban en trámite 768.363.

Esas mismas fuentes indican que «la litigiosidad presenta un crecimiento continuo desde 1998, siendo el crecimiento del año 2003 el más moderado pues los 171,4 ingresos por cada 1.000 habitantes registrados en 2003 significan sólo un 0,89 por 100 más que los 169,9 del año 2002».

³ Cfr. NIETO, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 271.

⁴ Este régimen viene establecido por la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. El Consejo General del Poder Judicial fija objetivos para cada destino con arreglo a módulos de dedicación. La superación de los objetivos comporta un incremento de las retribuciones fijas. Como promedio, el cumplimiento de los módulos de dedicación por jueces y magistrados está cifrado, en el año 2003, en un 67,13 por 100 que llega ser del 90,5 por 100 en el caso de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y del 81 por 100 en el de los Juzgados de Primera Instancia.

La percepción que tiene la ciudadanía de la justicia no es buena, aunque es mejor la de los usuarios que la de la población general⁵. Tal vez sorprenda –a la luz de las actuaciones públicas por acelerar las respuestas judiciales a las demandas de las partes– que la preocupación de los ciudadanos que han acudido a los órganos jurisdiccionales, cuando son preguntados por lo que esperan de los tribunales de justicia, no es la rapidez (sólo el 5 por 100 la menciona): el 33 por 100 responden «que impartan justicia»; el 22 por 100 «que me den la razón»; el 19 por 100 «que me den lo que me deben/lo que pido»⁶.

Es la satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional –en buena medida, de la tutela jurisdiccional concreta– lo que se sitúa en un primer plano y, consiguientemente, el punto de referencia para indagar cómo articula el ordenamiento el acceso a la justicia.

Una excesiva carga de trabajo de los tribunales hará disminuir el grado de satisfacción de los justiciables, ya sea por la tardía resolución de los asuntos o –quizá lo que es más preocupante– por la degradación de la calidad de las decisiones⁷. Paliar esa carga no es tarea fácil. Sobre todo, deben ser definidos previamente los objetivos; dicho de otro modo: ¿qué se pretende: disminuir el número de asuntos que acceden a los tribunales o aumentar el número de casos resueltos? En España, se ha actuado preferentemente en esta segunda dirección: 1.º se han incorporado a la legislación modelos y modificaciones procesales que buscan una rápida resolución (vg. el

⁵ El Consejo General del Poder Judicial, partiendo de que esta percepción está distorsionada, ha decidido dedicar un considerable esfuerzo a su política de comunicación. A este fin responde el *Protocolo de Comunicación de la Justicia* al que el Pleno del CGPJ dio el visto bueno el 7 de julio de 2004. Tres son los objetivos que se enuncian: «1) Conseguir que los ciudadanos confíen, respeten y consideren suya la Administración de Justicia (esto elevará su prestigio). 2. Conseguir que el Poder Judicial sea percibido por la ciudadanía como un poder independiente que está a su servicio y que tiene como cometido fundamental el de resolver sus conflictos. 3. Explicar y hacer comprender a la sociedad los principios, características y el régimen de funcionamiento de nuestro sistema jurídico-constitucional, aclarando el papel que tienen asignados los Jueces como últimos garantes de la legalidad».

⁶ Los datos son los que ofrece la *Encuesta a usuarios de la Administración de Justicia (usuarios año 2003)*, para el Consejo General del Poder Judicial. (Puede encontrarse en www.poderjudicial.es). A propósito de las cifras antes reproducidas, se dice en el texto: «Nadie puede negar el beneficio de una Justicia rápida, o al menos, no increíblemente lenta. No obstante, tal vez sería conveniente que recordáramos que la calidad para el perfil de usuarios que hemos citado (demandantes, denunciantes, testigos y víctimas) se centra en una resolución justa, esto es, en un procedimiento riguroso que profundice todo lo necesario en el asunto planteado ante los Tribunales de Justicia españoles».

⁷ La percepción sobre el grado de conocimiento del asunto por el juez que tienen los justiciables no deja de ser preocupante: en el año 2001 un 48 por 100 pensaba que el juez conoce poco o nada el asunto que le afecta (*vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, «La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia», en *Revista del Poder Judicial* núm. 66, 2002, pp. 484 y 485).

proceso monitorio⁸ o las innovaciones introducidas en el juicio de desahucio); 2.º) se ha potenciado –según ha habido ocasión de señalar– el aumento de la productividad de los jueces mediante mecanismos de incentivación retributiva; 3.º) en aquellos tribunales o demarcaciones con un elevado número de casos pendientes, se ha acudido a la figura del juez de apoyo con el objetivo de aliviar la carga de trabajo que se venía arrastrando y «ponerse al día» en el despacho ordinario de asuntos⁹; asimismo, se han potenciado los denominados «servicios comunes procesales»¹⁰.

2. ACCESO A LA JUSTICIA Y FRENO A LA LITIGACIÓN

Más problemático se presenta el cumplimiento –y aun el mismo planteamiento– del objetivo consistente en la disminución del

⁸ Los procesos monitorios ingresados en el año 2003 fueron 246.849, lo que supone un incremento del 47 por 100 respecto del ejercicio anterior. El 18,58 por 100 de esos procesos terminó con el pago y el 44,27 por 100 dio paso directamente a la ejecución.

⁹ La regulación de esta figura se encuentra en los artículos 216 bis 1 a 216 bis 4 de la LOPJ que integran el capítulo rubricado como «medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales» que fue añadido por la LO 16/1994, de 8 de noviembre. Los reparos que cabe formular a la luz del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley han sido expuestos por DE LA OLIVA SANTOS, *Introducción al Derecho Procesal*, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES), 3.ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 316 y 317 (véase, asimismo, la edición anterior de la citada obra).

¹⁰ Desde una perspectiva económica, señalaban SANTOS PRIETO y VARGAS PÉREZ, «El coste de la justicia: datos y un poco de análisis», en *El coste de la Justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2001, p. 44, que aunque en algunos lugares falten jueces, en otros sobran «de forma que con carácter previo debieran redistribuirse mejor esos recursos. Más aún, si en un lugar hiciera falta un juez adicional, no debiera duplicarse todo el coste que supone un juzgado, sino que habría que aprovechar las instalaciones, equipo y aquella parte del personal que pudiera compartirse por los dos órganos». (En el año 2003, según datos del CGPJ, el número de jueces y magistrados en España por 100.000 habitantes era de 9,58).

La LOPJ aludía en su artículo 272, según la redacción original del precepto, a la posibilidad de establecer un servicio común para la práctica de las notificaciones que debieran hacerse por los juzgados de una misma población. Las reformas sucesivas introducidas en la citada ley (LO 16/1994 y, especialmente, LO 19/2003, de 23 de diciembre) han supuesto una ampliación de los cometidos de tales servicios comunes (registro, reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones, jurisdicción voluntaria, ordenación del procedimiento) y la atribución al poder ejecutivo de facultades de organización y control de determinados aspectos de esos servicios. Este modo de proceder por el legislador no ha dejado de levantar críticas; a este respecto DE LA OLIVA SANTOS, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 38-42, las formula con respecto a la constitucionalidad, eficacia y responsabilidad «por lo que se hace y se omite con ocasión de impartir justicia»; recuerda el citado autor que estos servicios comunes no son ni se incardinan en órgano jurisdiccional alguno y, sin embargo, asumen funciones propiamente jurisdiccionales. Concluye señalando que «el gobierno del Poder Judicial, constitucionalmente atribuido al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 CE), comprende *necesariamente* todo lo relativo a *organización y funcionamiento internos* de los Juzgados y Tribunales y no sólo lo que se refiere a Jueces y Magistrados. Hasta las Leyes Orgánicas 16/1994 y 19/2003, todas las normas postconstitucionales lo habían entendido así y el Poder Ejecutivo era situado al margen de esa organización y funcionamiento internos, directamente instrumentales e íntimamente relacionados con la actividad de prestación de la tutela jurisdiccional».

número de asuntos¹¹. Avanzar en esta dirección sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva ni restricción del requisito de la accionabilidad –esto es, privar de acción al derecho o situación jurídica de que se trate–, supone incidir en alguno de los aspectos siguientes: el sentido predecible de las resoluciones; las limitaciones a la procedencia de los recursos y el control de su admisibilidad; las tasas judiciales; los cauces alternativos a la jurisdicción estatal.

A) El sentido predecible de las resoluciones

La ambigüedad de las normas, las lagunas legales, la denominada «crisis» de la ley y la falta de mecanismos unificadores propician la coexistencia de una diversidad de criterios interpretativos y, con ellos, de respuestas jurisdiccionales dispares. La incertidumbre acerca de la resolución que puede alcanzarse alimenta el conflicto que es la base de la litigiosidad. Contar con una sólida doctrina jurisprudencial constituye, desde este punto de vista, un elemento esencial¹².

A tal fin se encaminaba la regulación del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Se caracteriza éste por haber quedado reducidos los motivos que permiten el recurso a uno solo –la infracción de ley (de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, como dice el art. 477.1 LEC)–, por la desaparición de la *summa gravaminis –rectius: cassationis*– como requisito de recurribilidad de la resolución y por apertura del recurso a todas las sentencias dictadas en segunda instancia cualquiera que fuera el objeto del proceso en que se hubieran dictado. Se ha buscado por el legislador, de un lado, ceñir la casación a la infracción de norma sustantiva, para lo cual se articula un nuevo recurso extraordinario como cauce de denuncia de las infracciones procesales; pero, además y por otro lado, consciente de la imposibilidad –amén de la inconveniencia e irrazonabilidad– de no excluir de la casación ninguna sentencia dictada en segunda

¹¹ A este respecto, apunta NIETO, *El desgobierno judicial*, cit., p. 274: «en el ámbito privado donde hay derechos tiene que haber necesariamente la posibilidad de hacerlos efectivos por la vía judicial y en el ámbito público ya no hay excepciones a la universalidad del recurso contra todas las actuaciones, por acción y omisión, de las Administraciones Públicas. Es nota esencial del Estado de Derecho que nada escapa ya a la protección del juez. Pero ¿qué sucede si la Administración de Justicia no está en condiciones físicas de atender todas las reclamaciones? ¿No habrá forma de reducir el número de éstas?»

¹² Como advierte GUZMÁN FLUJA, *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 31, «es la potenciación de la función uniformadora de la casación la que permite una adecuada salvaguarda de los principios de igualdad ante la ley y de seguridad y certidumbre jurídicas».

instancia, ha delimitado el ámbito del recurso a través de lo que la propia ley llama «interés casacional». Consiste éste en la falta de uniformidad en la aplicación del Derecho o, con mayor precisión, en resultar incierto el sentido de la ley por la existencia de contradicciones jurisprudenciales o la simple inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹³. Así, el artículo 477.3 LEC, enumera los distintos supuestos de interés casacional: oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y aplicación de normas que no lleven más de cinco años en vigor sin que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido¹⁴. Además, debe tenerse en cuenta, que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los procesos cuya cuantía exceda de ciento cincuenta mil euros son recurribles en casación; esto equivale a decir que el legislador estima procedente el recurso atendiendo al criterio de la cuantía litigiosa inicial sin necesidad de alegar la concurrencia de interés casacional o, dicho de otro modo, que tales asuntos tienen interés relevante para entrar a conocer del motivo de casación aunque no exista contradicción con la doctrina jurisprudencial¹⁵, entendiéndose que la relevancia lo es desde el punto de vista el *ius litigatoris* pero no desde la perspectiva de la uniformidad de la jurisprudencia.

Los mimbres para posibilitar la creación de doctrina jurisprudencial en cualesquiera materias civiles y mercantiles se hallaban así convenientemente pergeñados por la ley. Pero este régimen no ha llegado a experimentarse. Al margen de las consideraciones relativas a la atribución competencial del recurso extraordinario por infracción procesal¹⁶, se impone aludir al modo en que han entendido los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo¹⁷ la procedencia y admisibilidad de los recursos de casación

¹³ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, p. 141.

¹⁴ Un estudio de los caracteres específicos de los distintos supuestos de interés casacional puede verse en LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 209 ss.

¹⁵ Sobre este extremo, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2004, pp. 119 ss.

¹⁶ Los avatares parlamentarios provocaron que la proyectada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debía acompañar a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prosperara, de modo que el recurso extraordinario por infracción procesal no pudo sustraerse a las atribuciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por ello, fue preciso introducir la Disposición Final decimosexta en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a modo de régimen provisional, es decir, hasta que se produjera la modificación de la LOPJ. Ésta no ha llegado a tener lugar y, hoy, parece abandonada la idea. Las normas que nacieron con vocación provisional se afianzan y adquieren tintes definitivos y constituyen en la actualidad el régimen vigente en esta materia.

¹⁷ Aludo a los Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por

formulados al amparo de la LEC de 2000: viene a rechazar, contra el tenor literal de la ley, la interpretación expuesta en los párrafos precedentes. Mantienen los magistrados de la Sala Primera –según han reiterado en numerosos autos resolutorios de recursos de queja– que en los procesos que se hayan seguido por razón de la cuantía, sólo se abrirá la casación cuando aquélla supere los ciento cincuenta mil euros; para los procesos de cuantía inferior se veda el recurso, aun cuando la sentencia dictada se oponga a la doctrina del Tribunal Supremo, entre en contradicción con otras resoluciones de las Audiencias Provinciales o aplique una norma de menos de cinco años de vigencia. Sólo en aquellos casos en que el tipo de proceso a seguir se haya determinado por razón de la materia, cabrá invocar el interés casacional; más aún: en estos casos, la concurrencia del interés casacional condiciona la admisibilidad del recurso, pues aunque la cuantía exceda de los ciento cincuenta mil euros, no por ello se accede a la casación. Los efectos que de esta intelección se deriva son manifiestos: a) existirá un nutrido número de materias sobre las que no será posible alcanzar la deseada uniformidad interpretativa; b) asuntos de igual cuantía recibirán trato diferente, pues el grado jurisdiccional extraordinario que supone la casación se excluye para aquellos asuntos cuya tramitación procedimental haya venido determinada por razón de la materia¹⁸. Uno y otro efecto inciden en el acceso al recurso por lo que implican de restricción en su procedencia. Además, el primero de los apuntados aleja el objetivo de la certidumbre o predecibilidad del sentido de la resolución de las controversias, pues los criterios de interpretación y decisión se pueden multiplicar por un número igual al de órganos de segunda instancia.

B) Limitaciones a la procedencia de los recursos y el control de su admisibilidad.

Procedencia o procedibilidad es tanto como decir que, «en relación con una determinada resolución judicial, esté previsto el

los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000.

¹⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 100 y 101, razona a este respecto del siguiente modo: «Para el legislador la cuantía es relevante. No es el mejor criterio para determinar el acceso a la casación desde el punto de vista de la unificación jurisprudencial, pero no debe considerarse como inaceptable de modo absoluto. Más discutible aún es que deba darse un tratamiento distinto a dos procesos de igual cuantía, cuando es precisamente esa cuantía la que determina, en un caso, un tratamiento favorable y, al tiempo, la exclusión de la casación para el otro proceso se ha debido a que el legislador, en principio, quiso otorgar un trato más favorable a los asuntos de cuantía económica más reducida».

correspondiente recurso para que pueda ejercitarlo quien se considere legitimado»¹⁹. En el proceso civil español las notas principales caracterizadoras del régimen de procedencia de los recursos son las siguientes: a) cabe apelación frente a las sentencias dictadas en toda clase de juicios y frente a los autos definitivos (art. 455 LEC); la ley establece un sistema de segunda instancia de modo que el doble grado, aunque no venía impuesto por la Constitución, forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva al haber sido ésta la opción seguida por el legislador; b) no procede la apelación, como regla general, frente a las resoluciones interlocutorias, de modo que la impugnación de éstas habrá de hacerse al recurrir la resolución definitiva; c) la infracción de ley y los quebrantamientos de forma se escinden en sendos tipos de recursos: el de casación y el extraordinario por infracción procesal; aunque el articulado de la ley los configuraba como recursos excluyentes, el régimen establecido por la Disposición Final 16.^a –es decir, el hoy vigente y que, presumiblemente, no será sustituido por el configurado por la ley– permite acumularlos siempre que concurren determinados requisitos.

Por lo que a la admisibilidad²⁰ de los recursos respecta, además de los requisitos generales de tiempo y forma, son de destacar las siguientes características:

a) Atendiendo a la materia litigiosa, exige la ley determinados requisitos especiales en el momento de interponer el recurso. Se trata de los procesos cuya sentencia lleve aparejado el lanzamiento, procesos sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por vehículos de motor y procesos sobre reclamación de cantidades debidas por un condómino a la comunidad de propietarios (art. 449 LEC). En estos casos se condiciona la admisibilidad del recurso a la satisfacción, depósito o consignación de la sumas a que hubiera resultado condenado el recurrente (aunque en el primer caso el destinatario del dinero es el recurrido y en los otros dos, el órgano jurisdiccional).

¹⁹ Cfr. BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 34. Como señala el citado autor, «no se dan más recursos que los que seguidamente establecen los artículos 451 a 495. Pero, incluso de esos recursos así catalogados, sólo cabe predicar su procedibilidad cuando se prevé cada uno de ellos de forma genérica frente a un determinado tipo de resolución, o cuando de forma particular lo establezca una norma»

²⁰ Señala BONET NAVARRO, *Los recursos...*, *cit.*, p. 42 que la procedibilidad «deriva de la especie y contenido de la resolución; no tiene nada que ver con la conducta de las partes en el momento preciso de indagar si un recurso es procedente; sin embargo, la admisibilidad del recurso depende de la observancia de ciertas exigencias legales concretadas en cargas para las partes que quieren –porque pueden– interponer el recurso».

b) Atendiendo a la clase de recurso, esto es, tratándose de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, se establece un doble control de los requisitos de admisibilidad: por el tribunal *a quo* y por el tribunal *ad quem*. El trámite de admisión²¹ se erige en instrumento para evitar la sobrecarga del tribunal de casación (del Tribunal Supremo²², en especial). Señaladamente, y tratándose del recurso de casación, el Tribunal Supremo ha hecho uso de este trámite de admisión para rechazar los recursos por carecer de interés casacional. Adviértase que su eventual concurrencia no es una nota que acompañe a la resolución recurrida, sino a la infracción denunciada y al motivo invocado²³, por lo que su examen debe corresponder al órgano que tiene atribuido el enjuiciamiento y no al que dictó la resolución recurrida; sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que dicho control puede actuarlo el tribunal *a quo* en la fase de preparación del recurso. Lo que en este momento interesa destacar es una restricción que efectúa el Tribunal Supremo y que se añade a las ya vistas en el apartado anterior. Como ha habido ocasión de señalar, el interés casacional puede consistir en que la sentencia impugnada resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En contra de lo que el fin de la uniformidad de la doctrina jurisprudencial comporta y haciendo aún más angosto el acceso al recurso, el Tribunal Supremo exige que exis-

²¹ A partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional que la admisibilidad del recurso de casación queda sometida no sólo a los requisitos meramente extrínsecos –tiempo y forma– y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza. Como consecuencia de ello, el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. «Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías» (SSTC 3/1983 y 294/1994)». Como han señalado MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *Los recursos en el proceso civil*. Tirant o Blanch, Valencia, 2001, p. 645, la doctrina que desde esta sentencia se consolida supone dejar claro que la existencia de causas de inadmisión de los recursos «no se opone a la tutela judicial efectiva, aunque el Tribunal Constitucional se ha reservado siempre la posibilidad de declarar que la aplicación de la norma de inadmisión por los tribunales ordinarios puede ser arbitraria o ilógica o no motivada, casos en los que sí procedería la estimación de recurso de amparo».

²² No hay, en el orden jurisdiccional civil, sobrecarga de asuntos en los Tribunales Superiores de Justicia de aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio cuya infracción puede motivar un recurso de casación del que conocerán los citados órganos jurisdiccionales. En el año 2003, en los 17 TTTSJ –se incluyen, por tanto, también aquellos que no tienen competencias casacionales y los asuntos del orden jurisdiccional penal– entraron 1.091 asuntos y se terminaron 1.053; a comienzos de año, había 207 asuntos en tramitación; al final, 245. (Fuente: *Memoria 2004, aprobada por Pleno de 7 de julio de 2004*).

²³ LÓPEZ SÁNCHEZ, *Los recursos extraordinarios...*, cit., p. 344.

tan dos sentencias de un mismo órgano de segunda instancia frente a otras dos de diferente órgano (dos del mismo, no de más de uno) que mantengan un criterio divergente²⁴ por cada punto o cuestión sobre los que se alegue la contradicción jurisprudencial.

Junto a estas notas, conviene señalar otras dos que inciden también en el aspecto que ahora nos ocupa:

a) La primera hace referencia al régimen de ejecución provisional. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto un cambio radical con respecto a la anterior. Obtenida una sentencia de condena y recurrida ésta por alguno de los litigantes, el que hubiera obtenido un pronunciamiento favorable puede instar la ejecución provisional sin necesidad de prestar fianza (art. 526). La formulación del recurso, por tanto, carece de la motivación espuria que podía tener antes, esto es, prolongar la duración del proceso y con ello el cumplimiento de la prestación debida. El principio del *favor creditoris* lejos de limitarse a los litigantes económicamente poderosos –o, por mejor decir, con recursos económicos líquidos– se generaliza sin distinción alguna.

b) La segunda incide en la configuración del proceso de ejecución en su conjunto. Con la LEC del año 2000 no sólo desaparece el denominado recurso de casación en ejecución de sentencia, sino que, además, se restringe ostensiblemente la procedencia de la apelación²⁵. De este modo la consecuencia que se sigue es doble: por una parte, se limita el acceso al segundo grado jurisdiccional; por otra y concatenadamente, se veda la posibilidad de plantear el recurso extraordinario por infracción procesal, lo que, a su vez, excluye todo cauce de lograr la unificación de criterios discrepantes²⁶.

Añádanse a lo expuesto algunos datos de interés: tratándose de la apelación, se produce la confirmación de las resoluciones impugnadas en más de un 60 por 100 de los casos (las revocaciones tota-

²⁴ Así, el ATS de 31 de julio de 2003 (RJ 2003, 7259), entre otros muchos que reiteran esta interpretación. Una exposición más detallada de esta postura y su crítica puede verse en LÓPEZ SÁNCHEZ, *Los recursos extraordinarios...*, cit., pp. 157 ss.

²⁵ Son apelables el auto que deniega el despacho de la ejecución (art. 552.2), el que resuelve la oposición a la ejecución por motivos de fondo (art. 561.3), el que desestima la reposición interpuesta por haber proveído el tribunal en contradicción con el título ejecutivo judicial (art. 563.1), el que deniega la ejecución provisional (art. 527.4), el que resuelve la oposición a la rendición de cuentas del administrador (art. 633.3), el que ordena, examinada la oposición del ejecutado, el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria (art. 695.4) y el que fija la cantidad determinada en el procedimiento de liquidación (art. 716). Fuera de estos supuestos no ha lugar a la apelación.

²⁶ Sobre tales aspectos, *vid.* HERRERO PEREZAGUA, «El lugar de los tribunales de segundo grado en la elaboración de doctrina jurisprudencial», en *Tribunales de Justicia* 2003, núm. 12.

les no llegan al 20 por 100); tratándose de la casación, las confirmaciones alcanzan el 84 por 100 y las revocaciones totales, el 10 por 100.

C) Las tasas judiciales

Las tasas judiciales fueron reintroducidas²⁷ por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de política económica, medidas fiscales, administrativas y del orden social (conocida como Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, en este caso, para el año 2003). El desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por la Orden del Ministerio de Hacienda, HAC/661/2003, de 24 de marzo. Las tasas se limitan a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo.

El problema de las tasas judiciales interesa, en un trabajo como éste, por dos razones principales:

a) En primer lugar, atendiendo al coste de la justicia, las tasas se configuran, por un lado, como un elemento de financiación del sistema y, por otro, como un gasto que debe ser soportado por el litigante (o por determinados tipos de litigantes).

b) En segundo lugar, atendiendo al acceso a la justicia y en relación con el segundo aspecto apuntado en el párrafo anterior, las tasas actúan como factor disuasorio en el acceso a la justicia y, en definitiva, como corrector de una excesiva litigiosidad.

Una y otra perspectiva parten de una premisa que no necesariamente ha de ser aceptada ni compartida y que, precisamente por ello, conviene identificar. La premisa no es otra que una concepción de la Administración de Justicia como servicio público y, consiguientemente, de los litigantes como usuarios del servicio (el riesgo de una *administrativización* de la justicia aflora con intensidad). Sólo desde un punto de partida como el expuesto cabe sostener la razonabilidad de que el usuario pague un precio en compensación por el disfrute del servicio y que el coste de éste no tenga

²⁷ Habían sido derogadas por la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales. Se adujo para ello –y la Exposición de Motivos de la citada ley así lo refleja– el avance en la consecución de la gratuidad de la justicia, aunque no eran ajenas otras razones como las distorsiones que en la administración de justicia provocaba la gestión tributaria encomendada al secretario judicial –según reconocía también la mencionada Exposición de Motivos– y la silenciada idea de poner coto a determinadas corruptelas que se habían extendido con ocasión de algunos aspectos de esa gestión. Las primeras voces que abogaron por su reestablecimiento tardaron en llegar; al respecto puede verse SANTOS PRIETO y VARGAS PÉREZ, «El coste de la justicia: datos y un poco de análisis», *cit.*, pp. 45-47. El debate sobre su conveniencia y adecuación se ha suscitado una vez promulgadas las normas referidas en el texto.

que ser soportado íntegramente por quienes no lo utilizan (el conjunto de los contribuyentes). Esto comportaría, en buena lógica, que los fondos así obtenidos fueran destinados a sufragar dicho coste; tal aplicación finalista de los ingresos no se encuentra establecida en el Derecho español.

Las características con que se configura la tasa judicial²⁸ en el ordenamiento español pueden sintetizarse en las que a continuación se relacionan:

a) El hecho imponible viene descrito por la ley como «el ejercicio de la potestad jurisdiccional a instancia de parte en los órdenes civil y contencioso-administrativo». Por lo que al orden civil respecta tal ejercicio se concreta en la interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución, de la reconvencción y de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación (art. 35 Ley 53/2002). De la literalidad del precepto se deduce que quedan excluidos del ámbito de la tasa los actos de incoación de expedientes de jurisdicción voluntaria²⁹ (que no comportan ejercicio de la jurisdicción ni comienza por demanda). Por disposición expresa de la Ley –apartado tres.1.a)– se declaran exentos los actos de interposición de la demanda y de los posteriores recursos en materia de sucesiones, familia y estado civil de las personas. Con apoyo en el apartado seis de la ley, ha de concluirse que, por lo que a los procesos de ejecución respecta, la tasa afecta sólo a los fundados en títulos extrajudiciales (los basados en títulos judiciales traen causa de los procesos declarativos correspondientes en los que ya ha sido gravado el «ejercicio de la potestad jurisdiccional»³⁰). En virtud de lo establecido en el apartado octavo de la Orden HAC/661/2003, de 24 de marzo, el devengo de la tasa en el proceso monitorio tendrá lugar cuando se transforme en juicio ordinario –es decir, con la interposición de la

²⁸ Una exposición de los distintos problemas, dudas e interpretaciones que suscita la regulación de la tasa judicial puede verse en LOREDO COLUNGA, *Las tasas judiciales: una controvertida alternativa de financiación de la Justicia*, en InDret, febrero de 2005, 270 (www.indret.com).

²⁹ El silencio legal no deja de causar extrañeza, pues como afirman VERDUGO GARCÍA y ALEMANY BLÁZQUEZ, «La nueva “tasa judicial” o tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 577, 15 de marzo de 2003, p. 5, estas actuaciones «pueden ser igualmente impulsadas por personas jurídicas y acostumbra a tener una relevante dimensión económica», al tiempo que «suponen un trabajo considerable para la oficina judicial, para el juez y para el secretario»

³⁰ Esta afirmación no es del todo exacta. Por una parte, ha de tenerse en cuenta que la LEC asimila los laudos arbitrales a los títulos judiciales; en tales casos, no ha habido devengo de la tasa en el procedimiento que ha precedido al proceso de ejecución. Por otra parte, el título judicial puede consistir en el pronunciamiento de condena obtenido en un proceso penal como consecuencia del ejercicio en éste de la acción civil. El «ejercicio de la potestad jurisdiccional» en el orden penal está excluido del hecho imponible de la tasa judicial.

demanda por el acreedor tras la oposición del deudor al requerimiento de pago de una cantidad superior a 3.000 euros—, pero no si lo hace en juicio verbal o da paso a la ejecución forzosa³¹. Estimo que la solicitud de declaración del concurso de acreedores se halla sujeta al devengo de la tasa; ciertamente no emplea la Ley Concursal el término demanda para referirse a ese acto inicial, ya se trate de un concurso voluntario o necesario. Pero, sin duda, se entabla un contradictorio que ha de concluir con la decisión judicial acerca de procedencia o no de la declaración de concurso: hay, por tanto, ejercicio de la potestad jurisdiccional³².

b) Sólo algunos de los sujetos —los menos— que realizan el hecho imponible deben hacer frente a la obligación que deriva de la tasa. La lectura del primer párrafo del artículo 35.2 de la Ley 52/2002 parece inducir a lo contrario: se enuncia en dicho precepto la regla general, a tenor de la cual son sujetos pasivos quienes promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realicen alguno de los actos ya vistos anteriormente. Sin embargo, la enumeración de las exenciones subjetivas que el mismo precepto recoge en su apartado tercero conduce a concluir que la mayor parte de los litigantes quedan liberados de la obligación tributaria, de modo que sólo las personas jurídicas que no tengan la consideración fiscal de entidades de reducida dimensión serán los que habrán de pagar. Se trata, por tanto y a tenor de lo dispuesto en la normativa del impuesto sobre sociedades (art. 108 LIS), de aquellas que hayan desarrollado durante el ejercicio anterior un volumen de negocio superior a 6.000.000 euros. Este modo de disponer las cosas sugiere un par de consideraciones: 1.º) el objetivo de la financiación de la justicia a través de las tasas judiciales nace ya limitado; 2.º) sólo se atiende a la capacidad económica del contribuyente en el caso de que se trate de personas jurídicas, pero no si son personas físicas.

c) La base imponible viene determinada por la cuantía del proceso que, a su vez, se fija conforme a las reglas dispuestas a tal fin por las leyes procesales (en concreto, en el orden jurisdiccional civil, arts. 251 ss. LEC)³³. Los procesos de cuantía indeterminada

³¹ Al respecto, *vid.* JIMÉNEZ CONDE, «Incidencia de la nueva tasa judicial en el proceso monitorio», en *Libro homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 1431 ss. El trabajo concluye indicando que, incluso en aquellos casos en que el monitorio se transforme en juicio ordinario, supone una cierta ventaja fiscal por ser el importe de la cantidad fija a abonar en concepto de tasa inferior a la establecida para aquellos casos en que se entabla directamente un proceso ordinario (noventa euros, en el primer caso, y ciento cincuenta, en el segundo).

³² De parecer diverso, LOREDO COLUNGA, *Las tasas judiciales...*, *cit.*, pp. 13 y 14.

³³ Constituye una excepción a este respecto la regla procedente para calcular la base imponible de la tasa judicial en los casos de acumulación de acciones: la LEC (art. 252) distingue según provengan las acciones acumuladas del mismo o diferente título (se suma el valor, en el primer caso; se atiende a la cuantía de la acción de mayor valor en

se valoran en 18.000 euros a los efectos de establecer la base imponible de la tasa judicial. La tasa, por tanto, no tiene en cuenta la capacidad económica del obligado –lo que es característica común de este tipo de tributos–; pero, sobre todo, no guarda relación con el coste del «servicio» ya que éste va parejo a su complejidad y la complejidad no se mide por la cuantía del proceso. El sistema que incorpora la ley para calcular la cuota tributaria consiste en establecer una cantidad fija atendiendo a la clase de proceso³⁴ a la que ha de sumarse otra cantidad que resultará de aplicar a la base imponible (la cuantía del proceso) un tipo marginal del 0,5 por 100 si no supera el millón de euros o un tipo del 0,25 por 100 si lo supera, estableciéndose un máximo de 6.000 euros³⁵.

d) Uno de los aspectos discutidos –tanto en línea de principio como a la luz de lo dispuesto por las normas reguladoras de la tasa judicial– es el relativo a las consecuencias que se han de anudar a la falta de justificación del ingreso de la tasa³⁶ y que puede incidir directamente en el acceso a los tribunales. Dispone la Ley 35/2002 (apartado séptimo del art. 35) que el justificante del pago debe acompañarse al escrito de demanda o de interposición del recurso de que se trate, siendo su omisión subsanable en el plazo de diez días; añade el citado precepto que el efecto que deriva de la inobservancia de este requisito es que el secretario judicial no dará curso al escrito. La Orden HAC/661/2003 dispone que si el sujeto pasivo no subsana la omisión en plazo, el secretario judicial comunicará tal circunstancia a la administración tributaria. Lo expuesto invita a

el segundo, igual que en los supuestos de acumulación eventual). Sin embargo, la Ley 55/2002 ha establecido que en los supuestos de acumulación de acciones la base imponible estará integrada por la suma de las cuantías correspondientes a las acciones acumuladas.

³⁴ Las cantidades fijas que establece la ley son las siguientes: juicio verbal, 90 euros; juicio ordinario, 150 euros; monitorio cambiario, 90 euros; ejecución por títulos extrajudiciales, 150 euros; concursal, 150 euros; apelación, 300 euros; casación y recurso extraordinario por infracción procesal, 600 euros.

³⁵ A este respecto señalan VERDUGO GARCÍA y ALEMANY VÁZQUEZ, «La nueva «tasa judicial»...», *cit.*, p. 4: «Debe decirse que en este particular resulta confuso el límite de 6.000 euros que recoge el artículo 6.2, pues bien pudiera pensarse que, al encontrarnos ante una tabla dividida en dos tramos, lo obtenido por la aplicación del segundo (exceso) debería añadirse a lo obtenido tras aplicar el primero (y, de este modo, el límite de 6.000 euros sólo afectaría a lo obtenido por el segundo escalón o tipo marginal). Sin embargo, a pesar de esta primera impresión, lo cierto es que la Orden Ministerial que desarrolla la Ley parece apuntar la idea de que la máxima tasa será la de 6.000 euros, con independencia de cuál sea la cantidad que se obtenga al sumar los dos escalones. En este mismo sentido se expresan las *Instrucciones para rellenar el impreso 696*, que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ofrece en su página web».

³⁶ La ley no distingue entre falta de pago y falta de acreditación del pago. En principio –y atendiendo a la jurisprudencia en materia de consignaciones, depósitos y enervaciones (vg. en procesos arrendaticios)– sólo la falta de acreditación debería entenderse subsanable, no así la falta de pago.

distinguir dos tipos de consecuencias: una, de carácter procesal; otra, de naturaleza tributaria. En esta sede interesa la primera.

La Ley de Enjuiciamiento Civil silencia toda alusión a la omisión del justificante de haber liquidado la tasa judicial (véanse los arts. 264, 266, 269.2, 403). No obstante, debe señalarse que el ordinal quinto del artículo 266 establece que han de acompañarse a la demanda «aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda». A la luz de estos preceptos, las interpretaciones divergen: se sostiene, por una parte, que la no presentación del justificante ha de abocar en un auto de inadmisión de la demanda o del recurso de que se trate; se mantiene, por otra, que el correspondiente escrito debe ser admitido al tiempo que se notifica a la administración tributaria la circunstancia de la falta de justificante a los efectos que sean procedentes, es decir, que liquide el tributo³⁷. Esta última postura parece la más ajustada a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 141/1988, de 12 de julio que censura que una irregularidad fiscal rompa la correspondencia entre las formas procesales y las pretensiones materiales deducidas en juicio y suspenda la garantía jurisdiccional que es complemento obligado de toda norma de Derecho sustantivo. La propia sentencia señala que si el objetivo perseguido es la recaudación del tributo, éste puede lograrse por otros medios entre los que cabría incluir la simple obligación por parte del órgano jurisdiccional de comunicar a la administración tributaria la existencia de la actuación sin liquidar. En esta dirección, según hemos visto, se orienta la Orden HAC/661/2003 y es asimismo la que preside las instrucciones dadas por la Secretaría de Estado de Justicia a los secretarios judiciales (Resolución de 8 de noviembre de 2003) sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de la tasa judicial.

D) Cauces alternativos a la jurisdicción estatal

El derecho a la tutela judicial efectiva comporta que toda persona que afirme haber experimentado una lesión de sus intereses

³⁷ Una muestra de la discrepancia puede verse, en las opiniones mantenidas por diversos autores (en pro de la inadmisión, vg. GÓMEZ LOECHES, «Aspectos procesales de las nuevas tasas judiciales», en *La Ley*, núm. 5755, 7 de abril de 2003; contrarios a entender el impago de la tasa como requisito de admisibilidad, entre otros, MONTÓN REDONDO, «La reintroducción de las tasas judiciales y sus consecuencias», en *La Ley*, núm. 6043, 18 de junio de 2004, pp. 6 y 7, y LOREDO COLUNGA, *Las tasas judiciales...*, cit., p. 25), en algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales (así, vg. la SAP Madrid de 26 de julio de 2004 [JUR 2004, 243502] mantiene el criterio de que el impago provoca la inadmisión del recurso, mientras que, por citar otro ejemplo, el AAP Barcelona de 9 de junio de 2004 [JUR 2004, 212942] expresa que el impago no puede provocar la paralización del procedimiento), en las respuestas dadas por algunos magistrados de distintas Audiencias Provinciales cuando fueron preguntados a este respecto, según se recoge en www.sepin.es.

o derechos subjetivos puede acudir a los tribunales para pedir la tutela deseada. Pero el ciudadano sabe que el ejercicio de ese derecho fundamental puede depararle algunas consecuencias perjudiciales que le hacen ponderar su decisión de solicitar la tutela judicial. El contraste entre lo que aspira a obtener –de ser estimatoria la decisión que adopte el tribunal– y el esfuerzo, tiempo y dinero que ha invertir para alcanzar ese resultado –que se presenta, además, como incierto–, impulsa al titular del interés legítimo a buscar otras vías de satisfacción, cuando no –y éste sería el síntoma del fracaso del sistema– a la dejación de sus derechos. En el ámbito del Derecho privado, los protagonistas del tráfico jurídico buscan mecanismos sustitutivos de la resolución de conflictos en el seno de su propia organización (vg. servicios de atención al cliente, el defensor del cliente, código deontológico...) o ajenos a ella al propiciar soluciones basadas en la mediación y conciliación de los intereses en juego. El propio legislador, consciente de las limitaciones que la administración de justicia experimenta, viene potenciando en los últimos tiempos cauces alternativos a la jurisdicción estatal.

Los caminos que abren las denominadas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) tienen el atractivo de reducir el tiempo, el coste y las molestias en la resolución del conflicto; pero presentan también el riesgo de disminuir las garantías. En la búsqueda de ese equilibrio el arbitraje se erige en un instrumento de primer orden porque además de propiciar la rápida y ágil solución de las controversias sin ocasionar gastos excesivos ni desproporcionados, lo hace ofreciendo las garantías suficientes respecto del procedimiento (igualdad y contradicción) y del órgano llamado a decidir (imparcialidad). Súmese a ello la eficacia que se otorga por el ordenamiento al laudo o decisión arbitral, equiparándolo a una sentencia judicial.

a) *El arbitraje*

En España, la norma rectora en esta materia es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. A la eficacia antes aludida se refieren los artículos 43 (cosa juzgada) y 44 (que, con remisión a la LEC, confirma que el laudo de condena es título ejecutivo). Pero la eficacia es el punto de llegada de una institución, aquél que permite valorar si el objetivo perseguido se cumple adecuadamente. Antes es preciso atender al camino seguido para alcanzar ese resultado, lo que es tanto como preguntarse por las características del marco

normativo en el que han de desarrollarse los procesos arbitrales en España. Éstas son las que siguen:

a) El arbitraje descansa en la voluntad de las partes. Éstas optan libremente por someter las cuestiones litigiosas surgidas entre ellas a la decisión de los árbitros. De ese modo excluyen el conocimiento por los tribunales de tales pretensiones (STC 75/1996, de 30 de abril). A este respecto conviene realizar algunas precisiones:

1.^a El principio de autonomía de la voluntad toma como premisa la existencia de intereses y derechos disponibles. Éstos configuran el ámbito material de lo que puede ser objeto de arbitraje (art. 2 LArb). Como expresa MONTERO AROCA ³⁸ «no cabe arbitraje, y por lo mismo laudo, cuando una consecuencia jurídica sólo puede obtenerse por medio de sentencia; mientras que si los particulares pueden alcanzar esa consecuencia por ellos mismos, nada impide que se alcance también por medio de arbitraje y laudo».

2.^a La elección del arbitraje es facultad de las partes. Deberá, a este respecto, tenerse en cuenta la doctrina contenida en las SSTC 75/1996, de 30 de abril, y 174/1995, de 23 de noviembre, según la cual son contrarias a la Constitución las normas que imponen un arbitraje obligatorio ³⁹.

3.^a La exclusión del conocimiento de la pretensión por los tribunales estatales se configura como un contraderecho ⁴⁰: si una de las partes que estipularon el convenio arbitral interpone demanda ante los órganos jurisdiccionales civiles, es carga de la otra parte invocar la existencia de ese convenio –por medio de declinatoria (arts. 39 LEC y 11.1 LArb)– pues sólo de ese modo podrá conseguirse que el juez al que se ha dirigido el actor dicte una resolución –auto– absteniéndose de conocer.

b) La primacía de la autonomía de la voluntad se proyecta también sobre el diseño del procedimiento arbitral. Éste se caracteriza por una acusada flexibilidad. Las partes pueden determinar que la tramitación discurra por los cauces y conforme a las reglas

³⁸ Cfr. MONTERO AROCA en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord.: BARONA VILAR), Civitas, Madrid, 2004, p. 122. Una enumeración de las materias que la jurisprudencia ha entendido excluidas del arbitraje puede verse en CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 65 ss.

³⁹ Esto es lo que ocurría con el artículo 38.2.1.º de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁴⁰ *Vid.* a este respecto FERNÁNDEZ-BALLESTEROS en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 119 ss.

tengan por conveniente y acuerden al respecto (art. 25 LArb). También en este caso parece oportuno anotar algunos aspectos de interés:

1.º Cualquiera que sea el procedimiento que se siga, ha de actuarse con respeto a los principios de igualdad entre las partes y de dar oportunidad suficiente a cada una de ellas de hacer valer sus derechos (audiencia y contradicción) y guardando –los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales– la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales (art. 24 LArb). Junto a estos límites genéricos –que cuentan con manifestaciones concretas, como la obligación de dar traslado y poner a disposición de las partes los escritos, documentos, dictámenes e instrumentos probatorios aportados y en los que los árbitros puedan fundar su decisión (art. 30.3)–, existen otras reglas procesales de carácter imperativo que deben ser necesariamente observadas: así, la forma escrita del laudo y la exigencia de que sea firmado por los árbitros (art. 37.3), al igual que la observancia de los plazos para la aclaración, corrección o complemento del laudo (art. 39.1).

2.º Aunque las partes gozan de libertad para fijar el procedimiento *ad hoc* respecto de un determinado arbitraje, es frecuente que la determinación de las reglas a seguir se haga mediante la remisión a un reglamento arbitral, sobre todo en aquellos casos en que se acude al denominado arbitraje institucional, es decir, aquel en que se encomienda a una institución especializada –de naturaleza corporativa, profesional o sectorial– la administración del arbitraje (art. 14 LArb). A este respecto destacan las cortes de arbitraje establecidas en el seno de las cámaras de comercio ⁴¹.

⁴¹ A título de ejemplo y por el relieve especial que ha adquirido, cabe mencionar la Corte Española de Arbitraje, adscrita al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación que administra y lleva a cabo arbitrajes, en derecho y en equidad, en todos los sectores económicos. El procedimiento que regula su Reglamento, en vigor desde el 26 de marzo de 2004, aborda los siguientes aspectos: el acta de admisión (identificación de las partes y determinación de las pretensiones y términos de la controversia, así como la sede e idioma del arbitraje), el contenido de las alegaciones (demanda, contestación y reconvencción), la provisión de fondos para las costas del arbitraje, los efectos de la incomparecencia, la ordenación del procedimientos, la representación y defensa de las partes, las pruebas (iniciativa de las partes y de los árbitros) y, por último, las conclusiones y cierre del procedimiento. Los costes del arbitraje comprenden los siguientes conceptos: una tasa de admisión de la demanda de arbitraje con independencia de la cuantía de la controversia (752 euros), los gastos de administración (estableciéndose una escala que atiende la cuantía de la pretensión y asignándole un porcentaje mínimo y otro máximo; vg.: hasta 30.050 euros, mínimo del 2,6 por 100 y máximo del 6,5 por 100); los honorarios de los árbitros (que siguen el mismo sistema porcentual con arreglo a unas escalas; vg.: hasta los 30.050 euros antes señalados, se establece un máximo del 13 por 100; además debe tenerse en cuenta que si el arbitraje es de derecho, las escalas establecidas sufrirán un incremento del 30 por 100 y si interviene más de un árbitro, la Corte podrá aumentar discrecionalmente hasta el triple la cantidad prevista para el pago de honorarios en el caso de árbitro único); los gastos de peritos. La información sobre estos extremos puede consultarse en www.camaras.org.

3.º Las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Arbitraje juegan un papel de supletoriedad, esto es, sólo serán aplicables en defecto de acuerdo de las partes. Cuando así suceda, el principio que recoge el artículo 25.2 LArb es que los árbitros dirigen el procedimiento, es decir, del modo que consideren oportuno. Como se ha señalado por la doctrina⁴², «esta libertad de dirección se hace especialmente destacable en lo que toca a las normas de derecho probatorio dentro del arbitraje».

c) Junto con lo que podríamos denominar arbitraje ordinario coexisten los arbitrajes especiales, es decir, los regulados con tal carácter en diversas normas sectoriales cuyas disposiciones son las rectoras de los procedimientos arbitrales que en esas materias se incoen, correspondiendo a la Ley de Arbitraje el papel de derecho supletorio (art. 1.3 LArb). Esos arbitrajes son los relativos a las siguientes materias: consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo); ordenación y supervisión de seguros privados (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, cuyo art. 61.2 se remite al sistema arbitral de consumo); transporte terrestre (Ley 16/1987, de 30 de julio); propiedad intelectual (LPI, aprobada por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y RD 479/1989, de 5 de mayo, que regula composición y procedimiento de la comisión arbitral de propiedad intelectual). Entre ellos, destaca el arbitraje de consumo.

b) *El arbitraje de consumo*

Se caracteriza por las notas que a continuación se relacionan⁴³:

a) Se trata de un arbitraje institucional. Una institución permanente –en este caso, las Juntas Arbitrales de Consumo– es la

Otro ejemplo destacado lo constituye el Tribunal Arbitral de Barcelona, creado con la participación de diversas instituciones (Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Colegio de Abogados de Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, Consejo de los Colegios de Abogados de Cataluña). Además de los datos relativos a su reglamento y a las tarifas (que distinguen también entre gastos de apertura –350 euros, en este caso– por un lado, y honorarios y gastos administrativos por otro –en un litigio de cuantía no superior a 20.000 euros, un mínimo de 1.800 euros y un máximo de 4.000 euros–) el TAB ofrece información (www.tab.es) sobre otros extremos de interés: el número de arbitrajes administrados fue de 103 en el año 2003, correspondiendo el 76 por 100 a arbitrajes de derecho y el resto a arbitrajes de equidad; en el 70 por 100 de los casos hubo cumplimiento voluntario del laudo de condena; la duración media fue de 3,8 meses por lo que al expediente introductorio respecta y 5,7 meses si atendemos al procedimiento arbitral en sentido estricto.

⁴² GUZMÁN FLUJA, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord.: BARONA VILAR), cit., pp. 933 ss.

⁴³ A este respecto, *vid.* BONET NAVARRO en *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo* (dir.: QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO), Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 59 ss., y CARRASCO PERERA (dir.), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, INC, Madrid, 2002, pp. 266 ss.

encargada de administrar este arbitraje: presta su organización para la designación del colegio de árbitros, colabora en la formación del convenio arbitral, recibe las ofertas públicas de arbitraje y las reclamaciones de los consumidores, realiza las notificaciones y dota de los recursos materiales necesarios. Las Juntas Arbitrales se incardinan en la administración pública correspondiente (nacional, autonómica o local).

b) Como todo arbitraje, ha de ser voluntario (si no lo fuera, sería otra cosa). Además de poder alcanzar el convenio arbitral como en cualquier otro caso, es peculiaridad de este sistema que el empresario se somete a arbitraje mediante la correspondiente oferta pública (se solicita la adhesión a las Juntas Arbitrales y éstas dispensan al empresario el distintivo oficial). Desde ese momento, la mera reclamación del consumidor instando la resolución arbitral será suficiente para tener por formado el convenio.

c) El órgano o colegio arbitral encargado de decidir está integrado por tres árbitros: el presidente será un licenciado en Derecho perteneciente al personal al servicio de las administraciones públicas; habrá un vocal que será representante de los consumidores y otro de los empresarios, designados a propuesta de las organizaciones de los consumidores y empresarios respectivamente.

d) Los arbitrajes de consumo son gratuitos. La gratuidad significa que no hay un desembolso necesario por la admisión y registro de la solicitud de arbitraje y que las partes no han de abonar cantidad alguna en concepto de gastos de administración ni de honorarios de árbitros. Ahora bien, los gastos ocasionados por la práctica de pruebas serán a cargo de la parte que las haya propuesto (con independencia de que el pronunciamiento sobre costas del laudo imponga su reembolso a la parte contraria).

e) A diferencia del arbitraje ordinario, el de consumo es, en principio y salvo que las partes decidan lo contrario, un arbitraje de equidad.

f) El plazo máximo para dictar el laudo es de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral, aunque ese plazo puede ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes.

La voluntariedad es una de las características esenciales del arbitraje y, por tanto, de una interiorización de los valores del arbitraje depende, en buena medida, el éxito de esta modalidad de resolución de los conflictos. En España se observa que es creciente el número de ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo (102.049 en el año 2003, frente a las 53.074

de cinco años antes, es decir, de 1999)⁴⁴. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el empresario o profesional tiene la facultad de delimitar el ámbito de la oferta (vg. por el tipo de pretensión, por el momento de nacimiento de la relación contractual o de la reclamación, por el territorio), siendo la limitación más frecuente la territorial. El tipo de empresas que limita su oferta suele pertenecer al ámbito de las aseguradoras (controversias que pertenezcan a un ramo concreto y con una limitación económica determinada). El número de asociaciones de consumidores adheridas al Sistema Arbitral de Consumo fue de 902 en el año 2003. El número de asociaciones empresariales adheridas (cuyas funciones son la información y fomento del sistema arbitral, así como el nombramiento de los árbitros conforme a lo visto antes) fue de 2.809 en el año 2003.

Los empresarios y profesionales pueden retirar la oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo a través de la correspondiente comunicación a la junta arbitral. En el año 2003 se efectuaron 294 renunciaciones debidas fundamentalmente al cese de actividad o al cambio de titularidad de la empresa.

En el año 2003 se presentaron 58.504 solicitudes de arbitraje, lo que significa un incremento progresivo si comparamos esta cifra con las de ejercicios anteriores⁴⁵. El 97,14 por 100 fueron admitidas a trámite. Debe recordarse el significado de la característica de la voluntariedad antes expresada: cuando no exista oferta pública por parte de la empresa o del profesional frente al que se dirige la reclamación, éste dispone de un plazo de quince días desde la notificación para aceptar o rechazar la solicitud de arbitraje. Pues bien, un total de 10.736 solicitudes –lo que representa el 18,35 por 100– fueron rechazadas por la no aceptación de la empresa⁴⁶, registrándose los índices mayores en los sectores de la vivienda, teléfono, enseñanza y automóviles.

Los diez sectores en que se recibió un mayor número de solicitudes son los que siguen (en orden decreciente): teléfono (33,5 por 100); enseñanza (13,6 por 100); tintorería (7,3 por 100); vivienda-propiedad (5,17 por 100); reparación de automóviles (4,1 por 100); muebles (2,27 por 100); automóviles (2,1 por 100); reparación del hogar (2,1 por 100); agencias de viajes (1,89 por 100); aparatos electrónicos (1,77 por 100).

⁴⁴ Los datos están obtenidos de la Memoria que ha elaborado el Instituto Nacional del Consumo y que puede consultarse en www.consumo-inc.es

⁴⁵ En 2002, 42.119 solicitudes; en 2001, 34.183; en 2000, 26.543; en 1999, 24.195.

⁴⁶ Se trata de un porcentaje sensiblemente inferior al del ejercicio anterior: en el año 2002, fue el 21,49 por 100.

La cuantía media de las reclamaciones se ha situado en el año 2003 en 734,40 euros, aunque, como se señala en la Memoria del INC, existe una gran disparidad entre las cuantías mayores y menores de las solicitudes recibidas que oscilan entre los 180.000 euros y los treinta céntimos.

Respecto de la gratuidad, el principal problema se presenta con la prueba pericial. El coste que ésta puede suponer supera, en no pocas ocasiones, el importe de la reclamación. Recuérdese que si la prueba es solicitada de oficio por el colegio arbitral, habrá de ser costeada con cargo a los presupuestos de la administración pública. La experiencia demuestra que en aquellos casos en que la previsión del coste de la pericia es elevada, las partes se abstienen de proponerla confiando en la iniciativa de los árbitros que, en general, no les defrauda⁴⁷. En el año 2003, de los 702 peritajes practicados en los procedimientos arbitrales –con un coste medio de 147,52 euros–, 691 se instaron de oficio. Por ello, es frecuente que las Juntas Arbitrales de Consumo suscriban acuerdos para la realización de peritajes con colegios y asociaciones profesionales y con instituciones que se ocupen de las materias correspondientes al objeto de la pericia.

El régimen de costas del arbitraje de consumo⁴⁸ se caracteriza porque cada parte habrá de satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los comunes por mitad. Éste es un sistema de imputación o reparto del pago, no un criterio de imposición. La excepción es que el colegio arbitral determine condenar («distribuir el pago», dice la norma) a una de las partes por haber obrado con temeridad o mala fe; queda, por tanto, descartado el criterio objetivo del vencimiento. Según el artículo 37.6 LArb prima en todo caso el pacto sobre costas («lo acordado por las partes»), bien entendido que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial⁴⁹ acerca del pacto sobre costas que es trasladable al caso que nos ocupa, ha de negarse eficacia a los pactos que, sin régimen de reciprocidad o equivalencia de las prestaciones, cargan sobre la parte económicamente más débil la obligación de pagar los gastos de todo proceso. Que cada

⁴⁷ A este respecto se observa que «sería deseable una moderación respecto de la decisión por parte de los colegios arbitrales de realizar pruebas periciales cuyo coste resulte desproporcionado en relación no con el interés de la reclamación, sino con la mayor claridad que puedan arrojar los hechos. Son muchos los laudos cuya fundamentación, se basa exclusivamente en la aceptación del resultado de un informe pericial, con descarga por parte de los árbitros de su responsabilidad de decidir y a costa de los presupuestos de la Administración». Cfr. CARRASCO PERERA, *El Derecho de Consumo...*, cit., pp. 275 y 276.

⁴⁸ Sobre este aspecto, vid. HERRERO PEREZAGUA, en *El sistema arbitral de consumo...*, (dir.: QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO), cit., pp. 206 ss.

⁴⁹ Cfr. STS de 3 de enero de 1952 (RJ 1952, 262).

cual deba pagar lo suyo provoca la «huida» del arbitraje de consumo de asuntos que por su complejidad, requieran un asesoramiento técnico y limita el sistema, por lo general, a pretensiones de limitada cuantía.

La preferencia normativa antes apuntada por el arbitraje de equidad se corresponde con el acontecer diario: el 99,11 por 100 de los procedimientos han sido en equidad⁵⁰.

Las Juntas Arbitrales no sólo gestionan o administran el arbitraje solicitado. También les corresponde la función de mediación que se lleva a cabo antes de designar a los árbitros y dar comienzo al procedimiento arbitral. En el año 2003, el 22,74 por 100 de las reclamaciones fueron resueltas por mediación; el 77,26 por 100 restante, por laudo.

De los 17.383 laudos dictados en el año 2003, el 64,04 por 100 fueron estimatorios (total o parcialmente), el 25,95 por 100 desestimatorios y el 10,01 por 100 conciliatorios. Se observa un alto índice de cumplimiento de los laudos, lo que redundará en un mayor crédito del sistema: el 98,41 por 100 fueron cumplidos voluntariamente, debiendo acudir a la ejecución forzosa tan sólo en el 1,59 por 100 de los casos. Además, sólo el 0,35 por 100 de los laudos fueron impugnados ante la Audiencia Provincial⁵¹.

Uno de los atractivos del arbitraje –y, en particular, del arbitraje de consumo– es la celeridad. Ya antes ha quedado expuesto que el plazo máximo de emisión del laudo es de cuatro meses, salvo prórroga acordada por las partes. En el año 2003 sólo el 1,88 por 100 de los laudos dictados superó ese plazo. El 41,04 por 100 se emitió en un tiempo inferior a un mes; el 37,85 por 100, en menos de dos meses; el 11,30 por 100, en menos de tres meses; y el 7,90 por 100, no rebasó los cuatro meses.

⁵⁰ Sin embargo, apunta CARRASCO PERERA, *El Derecho de Consumo...*, cit., pp. 276 y 277, que «una parte no poco significativa de los arbitrajes de equidad apoyan el fallo de sus laudos en concretas normas jurídicas, que se aportan y citan como si de un auténtico arbitraje de Derecho se tratara (...). La práctica demuestra que las reclamaciones arbitrales ofrecen una gran simplicidad jurídica, centrada la mayoría de las veces en una cuestión de prueba acerca del defecto en el producto o servicio cuya reparación se reclama. Por eso, un arbitraje de Derecho no atentaría a la diligencia y simplicidad que se predica de este modo de resolución extrajudicial de los conflictos. Por el contrario, se ganaría en la seguridad que ofrece la realización conforme a Derecho de las expectativas e intereses amparados en Derecho. Por otro lado, la sujeción a Derecho de la decisión de los árbitros impondría un criterio de unidad en el contenido de los laudos».

⁵¹ Tanto en el caso de la ejecución forzosa como de las impugnaciones, advierte la Memoria del INC que los datos se refieren a las actuaciones comunicadas a la Junta Arbitral, por lo que el porcentaje real puede ser diferente.

II. LAS COSTAS DEL PROCESO

1. EL COSTE DEL PROCESO COMO PROBLEMA

A) Coste y financiación de la justicia

Cómo se sufragan y financian los recursos humanos y materiales que la administración de justicia requiere para un buen funcionamiento que dé cumplida respuesta al derecho a la tutela judicial hecho valer por los ciudadanos constituye el problema del coste de la justicia. El sistema español combina la financiación pública con otros elementos que hacen descasar sobre los litigantes los costes de la actividad jurisdiccional, bien entendido que en este último caso los gastos que soportan esos litigantes guardan relación directa y exclusiva con los del juicio en que han hecho valer sus pretensiones y que no se refieren al funcionamiento ordinario del juzgado o tribunal; esto último constituye el problema de las costas del proceso.

La financiación pública del coste de la justicia se realiza a través de las correspondientes asignaciones presupuestarias por el Estado y las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en esta materia⁵². Las retribuciones de los jueces y magistrados, de los secretarios judiciales y de los miembros del Ministerio Fiscal corren en todo caso a cargo del Estado. El resto de partidas concernientes a los medios materiales (equipamiento, instalaciones, mobiliario) y personales (funcionarios y personal al servicio de la Administración de Justicia) son asumidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas⁵³, según los casos.

A la financiación por vía presupuestaria se ha sumado en los últimos tiempos la proveniente del restablecimiento de las tasas judiciales en España. Ha sido la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, la que las ha reinstaurado, si bien –como ha habido ocasión de

⁵² En el año 2003 la cifra que arrojaban los presupuestos en materia de Justicia ascendió a 2.333.191,42 miles de euros, un 9,38 por 100 más que en el ejercicio anterior. De ese total el 44,48 por 100 correspondió al Ministerio de Justicia, el 2,40 por 100 al Consejo General del Poder Judicial y el 53,11 por 100 a las Comunidades Autónomas.

⁵³ El conjunto de medios personales y materiales que, sin formar parte del núcleo de la Administración de Justicia, se encuentran a su servicio fue denominado por el TC, con escasa finura de estilo, como «administración de la Administración de Justicia», señalando al respecto que «en cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y de autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre estos medios personales y materiales» STC 56/1990, de 29 de marzo).

señalar en el capítulo anterior— quedan circunscritas a los órdenes civil y contencioso-administrativo y recaen sólo sobre las grandes empresas.

B) El coste del proceso

La percepción del justiciable cuando afirma —como hace en numerosas ocasiones— que la justicia es cara va referida al concreto proceso en que ha actuado. Esto es tanto como decir que son las costas soportadas en el proceso lo que constituye el indicador del problema, del obstáculo y, en su caso, del factor disuasorio para solicitar la tutela jurisdiccional. El ordenamiento reacciona al respecto en un doble frente:

a) De un lado, regula el pronunciamiento sobre costas. La base de esta regulación debe hallarse en el fundamento de la condena en costas. La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que él tiene la razón. En esta afirmación, elevada hoy a principio general del Derecho⁵⁴ y que entronca con el denominado principio de indemnidad de la tutela, radica, en buena medida, la formulación de los criterios legales de imposición.

b) De otro lado, el ordenamiento debe conformar un sistema —por mandato constitucional (art. 119 CE)— que permita a quienes carecen de recursos económicos para litigar que puedan defender su derecho en el proceso, mediante la exoneración o reducción de las cantidades que, de no mediar tales circunstancias, deberían satisfacer. Se articula, así, lo que en España se denomina actualmente asistencia jurídica gratuita y que se regula por la Ley 1/1996, de 10 de enero, del mismo nombre. A su exposición se destina el tercer capítulo de este trabajo.

⁵⁴ La formulación de este principio general del Derecho que, como tal, informa todo el ordenamiento, puede encontrarse en el ATS (Sala 3.ª) de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10412). Con referencia específica a las costas, la Sala Primera del TS —incluso en momentos en que aún no se había abandonado la idea de la imposición de costas como sanción a una conducta procesal— ha conectado el fundamento de la institución con una más acabada tutela de los derechos e intereses del ciudadano, «propiciando que el interés económico que subyace en los mismos no se vea mermado por el abono de los gastos a que la defensa en la litis obliga a las partes» (a título de ejemplo, *vid* SSTs 7 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1559], 23 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8277], 27 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7080]). Fue CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, Fratelli Bocca, 1900, quien adelantó e insistió en esta idea: «lo non ripeteró abbastanza che il diritto deve uscire indenne dalla lite, e che l'obbligo della indennità dee far capo a chi della lite fu causa» (p. 244). Sobre el fundamento de la condena en costas, *vid*. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 71 ss.

El pronunciamiento sobre costas es la respuesta que se contiene en la resolución judicial y que articula el derecho a reintegrarse de las sufragadas y la obligación de reembolsar las soportadas por el contrario. Reintegro y reembolso hacen referencia a un pago anterior. Ése es el pago de las costas cuya obligación nace con independencia del eventual pronunciamiento que haga la resolución final. Cada parte viene obligada a pagar las costas causadas a su instancia y a medida que se vayan produciendo, salvo que disfrute del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 241.1 LEC). La ponderación del monto a que puede ascender esa obligación –lo que ha de desembolsar para conseguir la decisión judicial– y la expectativa de salir victorioso del proceso –lo que obtendrá, si la resolución le es favorable– conduce, en ocasiones, a no ejercitar el derecho de acción por resultar gravoso el resultado de la comparación. Esto se observa especialmente en las reclamaciones de escasa cuantía, porque en ellas las costas son proporcionalmente mayores, lo que es tanto como afirmar su carácter regresivo.

Sirva un ejemplo para ilustrar lo dicho. En un proceso cuya cuantía sea de 1.800 euros, los honorarios de abogado⁵⁵ ascenderán a unos 360 euros, los derechos de procurador a 92 y los honorarios de perito (con una titulación media) a unos 720 euros. En un proceso cuya cuantía sea de 3.600 euros, los honorarios de abogado se cifran en 940 euros, los derechos de procurador en 130 y los honorarios de perito en unos 826 euros. En un proceso cuya cuantía sea de 18.000 euros, los honorarios de abogado supondrán unos 2.850 euros, los derechos de procurador 460 euros y los honorarios de perito aproximadamente 1.662 euros.

La observación de este fenómeno denota un desequilibrio recayendo el mayor perjuicio sobre los menos favorecidos. Las normas que regulan la imposición de costas y los pronunciamientos al respecto que se integren en las resoluciones judiciales no pueden permanecer ajenos a estas consideraciones que, por otra parte, no hacen sino confirmar la vigencia del fundamento de la condena en costas según ha quedado formulado antes. Pero la corrección de las eventuales desigualdades no es algo que dependa exclusivamente de una institución como la condena en costas. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar que ningún sistema de imposición de costas afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 131/1986, de 26 de octubre)⁵⁶, sin ocultar que la justificación o razonabilidad del

⁵⁵ Se toman como referencia los criterios orientativos en materia de honorarios del Colegio de Abogados de Zaragoza.

⁵⁶ La sentencia citada dice: «Ninguno de dichos sistemas [vencimiento y temeridad] afecta a la tutela judicial efectiva, que consiste en obtener una resolución fundada en Dere-

régimen legal de la condena en costas se encuentra no sólo en la restitución a la parte de los gastos que le haya ocasionado la defensa de sus derechos e intereses legítimos, sino también en «prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivaría de una excesiva litigiosidad», concluyendo que la posibilidad de que a la parte le sean impuestas las costas «constituye un riesgo común que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten temerarias, de mala fe o totalmente infundadas» (STC 147/1989, de 21 de septiembre).

Pero no sólo hay riesgo para el que carece de razón. Existe también para el que la tiene. El sistema no garantiza la recuperación de los costes⁵⁷. Esto conduce a que las reclamaciones de escasa cuantía no accedan al proceso. Es cierto que también las económicamente importantes huyen de la solución jurisdiccional, pero éstas se resuelven al margen del proceso y, en no pocas ocasiones, con arreglo a criterios de mercado. Las primeras, en cambio, no se resuelven, sino que se sacrifican⁵⁸.

cho dentro de un proceso tramitado con las garantías legalmente establecidas, ni al derecho de defensa que, sin entrar en polémica sobre si es separable o está insertado en el anterior, es el que asegura a las partes alegar y probar lo pertinente al reconocimiento judicial de sus derechos e intereses, mientras que la imposición de costas opera sin incidencia alguna sobre tales derechos constitucionales al venir establecida en la Ley como consecuencia económica que debe soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas, bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe».

Por lo que atañe a los concretos criterios de imposición dice el ATC 60/1983, de 16 de febrero, en referencia al criterio de la temeridad, que la apreciación de ésta es un problema de legalidad carente de relevancia constitucional, pues constituye valoración de hechos o conductas que compete en exclusiva a la función jurisdiccional y la STS de 26 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2328), en referencia al criterio del vencimiento, que los preceptos que lo recogen «son mandatos legales dirigidos al Juez, para que después de tramitar íntegramente el proceso, en el que las partes han tenido todas las posibilidades de ser oídas, decida un aspecto concreto, las costas, en función de la decisión final. Por tanto, la condena en costas no es un apéndice fatal y automático desconectado del asunto sino ligado a él por lo que su aplicación no entraña falta de tutela o indefensión».

⁵⁷ Éste es un concepto, sin duda, mucho más amplio. Comprende los gastos preliminares o de asesoramiento sobre la prosperabilidad de la pretensión, la pérdida del valor económico de la cosa litigiosa y sus posibilidades de actualización, las costas procesales y las dilaciones en el cobro de lo adeudado. A este respecto, *vid.* RAMOS MÉNDEZ, «El umbral económico de la litigiosidad», en *Justicia* 1996-1, pp. 5 ss.

⁵⁸ Señala RAMOS MÉNDEZ, «El umbral económico...», *cit.*, que este resultado —que las reclamaciones de ínfima cuantía no accedan al sistema procesal— no puede calificarse de bueno ni malo: «Sólo demuestra una vez más que la litigiosidad tiene un umbral mínimo desde el punto de vista económico» (p. 14). De modo que, en su opinión, lo que hay que verificar es si ese umbral «se mueve dentro de unas coordenadas aceptables y si lo que entra en el sistema recibe el tratamiento adecuado» (pp. 34 y 35).

Para evitar un sacrificio indebido el sistema debe reaccionar en distintas direcciones. En el capítulo anterior se ha visto cómo lo hace a propósito del arbitraje de consumo. En el seno del proceso jurisdiccional, constituye un campo abonado a este respecto el de las acciones de clase y la legitimación colectiva de asociaciones y grupos. Pero desde el punto de vista del coste del proceso, las actuaciones que se emprenden por el legislador no dejan de suscitar algunos interrogantes. Una vez verificado que el coste funciona como un factor disuasorio del acceso a la justicia, se pretende no restringir éste para lo que ha de reducirse aquél. Parece, por tanto, que el abaratamiento ha de ir parejo a la simplificación, puesto que son las actuaciones complejas las que encarecen. Y continúa así la argumentación hasta alcanzar unas conclusiones merecedoras de crítica. El razonamiento vendría a ser éste: 1) las reclamaciones de escasa cuantía requieren, por definición, un planteamiento sencillo (alegaciones y aportación de prueba); 2) para las alegaciones correspondientes no se precisan especiales conocimientos jurídicos; 3) puede, en consecuencia, prescindirse del asesoramiento y la defensa letrada; 4) bastará, en ocasiones, con facilitar a los reclamantes unos formularios⁵⁹ para que éstos hagan valer sus pretensiones. La experiencia forense evidencia el débil sustento de este modo de razonar: el criterio de la cuantía no es determinante de la complejidad o sencillez de las cuestiones debatidas en el proceso; reclamaciones de escaso importe, como las que se suscitan por los consumidores y usuarios, pueden presentar problemas de indudable enjundia –cuál es la norma aplicable, qué sujeto ostenta la legitimación pasiva, qué plazo de prescripción rige...– que, para una correcta formulación y como garantía de éxito, no pueden confiarse a los conocimientos del ciudadano medio, esto es, sin la orientación y la dirección letradas, como si el impreso que cumplimenta el justiciable fuera capaz de contener todos los extremos de la contienda procesal que con él comienza. La complejidad no siempre es sinónima de obstáculo al acceso a la justicia; las más de las veces es garantía, rigor y seguridad jurídica.

⁵⁹ En el ordenamiento procesal civil español los impresos normalizados para que el justiciable articule su reclamación están previstos en dos casos: el primero se refiere a los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de novecientos euros (art. 437.2 LEC); el segundo, a la petición inicial del proceso monitorio (art. 814.1.II LEC). En este último caso –recuérdese que el monitorio español es cauce apropiado para pretender el pago de deudas que no excedan de 30.000 euros– precisa el precepto citado los extremos que deberá expresar el referido formulario: la petición del acreedor, la identidad del acreedor y del deudor, el domicilio o domicilios de uno y otro o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento que proceda.

C) El seguro de defensa jurídica

Para que el coste del proceso no suponga una carga excesiva sobre la economía del titular de derechos que acude a la justicia se articula el seguro de defensa jurídica⁶⁰. Ésta es la denominación que recibe en el ordenamiento español al ser regulado en los artículos 76 a) a 76.g) de la Ley del Contrato de Seguro; dichos preceptos fueron introducidos por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre para adaptar el Derecho español a las exigencias del Derecho comunitario (Directiva 87/344/CEE). El volumen de las primas en el año 2004 ascendió a 108 millones de euros (un 20 por 100 menos que en el año 2003)⁶¹. En España las empresas y los profesionales que precisan con cierta habitualidad de servicios jurídicos acuden por lo general al sistema de igualas; los particulares rara vez suscriben un seguro de defensa jurídica.

La Ley se fija en la prestación del asegurador para ofrecer una noción de este seguro: el asegurador se obliga «a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro». El riesgo lo constituyen tanto las situaciones de conflicto por las que el asegurado se vea en la necesidad de acceder a la justicia (como demandante o demandado) como la posibilidad de que el asegurado resulte condenado a pagar las costas del contrario.

Por lo que respecta a la obligación del asegurador deben tenerse en cuenta las limitaciones legales (son inasegurables, por ejemplo, las multas, los hechos voluntarios del asegurado —como sería la cesión a su favor de un derecho de crédito que ya consta como impagado—, el dolo y la culpa grave). Pero conviene atender especialmente a las limitaciones contractuales. En España, las pólizas suelen acoger el sistema conocido como de enumeración de riesgos. Téngase asimismo presente que los seguros de defensa jurídica genéricos distan de ser la opción mayoritaria, salvo en lo que se

⁶⁰ Sobre el seguro de defensa jurídica véanse, en apretada síntesis bibliográfica, SÁNCHEZ CALERO, «El seguro de defensa jurídica en España», en RES núm. 2, 1975, pp. 107 ss.; OLIVENCIA RUIZ, «El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro», en RES núm. 27, 1981, pp. 263 ss.; OLMOS PILDAIN, *El seguro de defensa jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 1997; TAPIA HERMIDA, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, (dir.: SÁNCHEZ CALERO), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1265 ss.

⁶¹ Esta cifra representa el 0,41 por 100 respecto del total de las primas en los ramos no vida, el más bajo de los considerados. Estos datos pueden verse en el Informe 2004 de Seguros y Fondos de Pensiones elaborado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (Ministerio de Economía y Hacienda).

refiere al mero asesoramiento (en estos casos las primas anuales oscilan entre los 50 euros del tipo básico, los 78 euros para las familias, los 120 euros para profesionales autónomos, los 160 euros para comunidades de propietarios o los 250 euros para las pequeñas y medianas empresas); lo frecuente es que la defensa jurídica se configure como una garantía adicional de otros seguros, como el del automóvil o el multirriesgo del hogar (el coste de esta garantía entre los 30 y los 40 euros anuales).

Una de las exclusiones que habitualmente figura en las pólizas consiste en excluir de la cobertura los procesos cuya cuantía sea inferior a una determinada cantidad, de manera que sólo cuando la cuantía del eventual litigio alcance un mínimo quedará obligado el asegurador a realizar la prestación. No suele haber referencias a máximos. Sin embargo, se opera una limitación cuantitativa respecto de los gastos que asumirá el asegurador; según las modalidades estos límites oscilan entre los 3.000 y los 30.000 euros; además, por lo que atañe a los honorarios de abogados es práctica generalizada que la cobertura quede limitada a lo dispuesto en los criterios que recogen las normas de los colegios profesionales en tal materia, por lo que el exceso deberá ser sufragado por el propio asegurado (se trata de un límite en el reintegro de lo abonado por el asegurado).

Este último dato sirve para poner de relieve que el asegurador controla el costo del riesgo que podría verse notablemente incrementado como consecuencia del derecho que tiene el asegurado para designar libremente a su abogado y de la libertad de éste en la fijación de sus honorarios. El derecho a la libre elección de abogado se recoge en el artículo 76.d) LCS. Señala este precepto que son dos los supuestos en que tal derecho es susceptible de ser ejercitado: cuando el asegurado haya de ser defendido en cualquier clase de procedimiento y cuando se presente un conflicto entre asegurador y asegurado⁶². El asegurado también puede encomendar la dirección técnica del asunto a un abogado con el que el asegurador mantenga

⁶² Los conflictos pueden presentarse tanto en los casos de empresas multirramos como de empresas especializadas. En el primer supuesto pueden obedecer a que el asegurador cubra simultáneamente a un asegurado en defensa jurídica y a otros en diferentes ramos del seguro, siendo el de la responsabilidad civil el más frecuente, llevando a la eventualidad de que el asegurado tuviera que hacer frente a las indemnizaciones reclamadas por el asegurado con la defensa jurídica; también puede ocurrir que el asegurador cubra a un mismo asegurado en defensa jurídica y en otro ramo del seguro; el conflicto puede deberse a que el asegurador no esté interesado en que la indemnización alcance un monto elevado porque en otros casos puede ser él quien deba pechar con tal responsabilidad. En las empresas especializadas, el conflicto derivará de que el asegurador cubra a dos asegurados entre los que se haya suscitado una contienda o litigio o que de que el asegurador mantenga vínculos financieros o comerciales con otro asegurador (por ejemplo, una filial o una compañía del mismo grupo).

una relación laboral o de colaboración; en tal caso, los honorarios del profesional quedan íntegramente cubiertos por el seguro, es decir, que el asegurado no deberá abonar cantidad alguna.

Los gastos garantizados por el seguro incluyen los honorarios de abogados –con la limitación ya señalada– y los derechos de procurador siempre que la intervención de estos profesionales sea preceptiva, los honorarios de peritos designados o autorizados por el asegurador, los gastos notariales que deriven de actuaciones necesarias para la defensa del asegurado, la obtención de certificaciones, los gastos que comporte la declaración de herederos cuando sea preciso determinar quiénes son los beneficiarios que han de percibir una determinada indemnización, las indemnizaciones a testigos, las tasas judiciales. De ordinario se hace referencia a que la cobertura comprende la condena en costas que se imponga al asegurado, por lo que ha de entenderse que quedarán incluidos todos los conceptos que resulten de la tasación.

2. LA DETERMINACIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 241 LEC se caracteriza por estas tres notas: a) incorpora al texto de la Ley un criterio delimitador de gastos y costas a la vez que indica qué partidas se incluyen en éstas; b) determina los elementos esenciales de la obligación de pago de gastos y costas del proceso, desvinculándola nítidamente de la obligación de reembolso que nace con la condena en costas; y c) recoge expresamente cómo ha de darse solución a la tutela del crédito derivado de actuaciones procesales.

El párrafo segundo del artículo 241 define los gastos del proceso como «aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso», lo cual conduce a entender que la nota determinante no radica en que se hayan producido en el seno del proceso, sino que su devengo tenga como causa el proceso, esto es, que sean consecuencia de actuaciones realizadas a instancia de la parte enderezadas a sustentar la tutela que solicitan; el matiz es relevante porque de tal consideración se deriva que serán reputados como gastos –y, en su caso, como costas– aquellos desembolsos que se hayan efectuado en un momento previo al proceso pero provocados por la incoación de éste, como puede suceder, por ejemplo, con los que ocasiona la emisión de un dictamen pericial o la expedición de una certificación registral.

Partiendo de este concepto de gastos, la Ley configura las costas como una especie del género gastos (son costas «la parte de

aquellos...») ⁶³ y procede a determinar las partidas ⁶⁴ que merecen la consideración de costas.

A) Honorarios de abogado y derechos de procurador

Para que los honorarios de abogado y derechos de procurador sean tenidos como costas, su intervención en el proceso ha de exigirse preceptivamente por la Ley (art. 241.1.º LEC). No tiene tal carácter la intervención de estos profesionales ⁶⁵ en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros ⁶⁶ y en la petición inicial de los procesos monitorios. En la ejecución no se precisa estar dirigido por letrado y representado por procurador cuando aquélla derive de procesos en que no sea preceptiva su intervención o, si se trata de procesos monitorios, cuando no haya habido oposición siempre que la cantidad por la que se despacha ejecución no sea superior a 900 euros (art. 539.1 LEC).

Ahora bien, esta regla presenta sus excepciones, que se hallan recogidas en el apartado quinto del artículo 32. Aun siendo facultativa la intervención de dichos profesionales, los honorarios y derechos devengados se reputarán como costas si el domicilio de la parte representada y defendida está en lugar distinto a aquél en que se tramita el juicio ⁶⁷; también tendrán esta consideración si el tri-

⁶³ La Ley no ofrece un concepto de costas. Propongo el siguiente: son costas procesales los desembolsos de dinero incluíbles entre los gastos procesales causados directamente por el proceso y vinculados a éste, como vía de satisfacción de la tutela jurídica, por una relación de necesidad y utilidad. Más ampliamente, HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas...*, cit., pp. 34, 47 y 48.

⁶⁴ La enumeración que lleva a cabo la LEC parece tomar como referencia más inmediata la contenida en el artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, si bien su concepto y finalidad difieren.

⁶⁵ Señalo tan sólo las actuaciones más destacadas. La relación completa se encuentra en los artículos 23 y 31 LEC.

⁶⁶ Que haya de seguirse el juicio verbal puede obedecer se determina por razón de la materia o de la cuantía. Entiendo que la intervención de abogado y procurador no es preceptiva tan sólo cuando se trate de juicios verbales cuyo objeto consista en una reclamación de cantidad. Así, por ejemplo, en un juicio de desahucio por falta de pago será preciso servirse de abogado y procurador, aunque el impago que motiva la pretensión de desahucio no alcance los 900 euros. Con mayor amplitud, *vid.* HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, cit., pp. 80-82.

⁶⁷ Se ha apuntado por la doctrina que la norma resultará aplicable sólo cuando impida comparecer personalmente, es decir, que se ha servido de la defensa técnica no por un simple acto de voluntad, sino por una exigencia derivada de la imposibilidad de defenderse a sí misma (cfr. GARNICA MARTÍN, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (COORD.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ Y VALLS), vol. I, Iurgium, Barcelona, 2001, p. 345). En los supuestos de personas jurídicas, empresarios y profesionales, cabe mantener también como domicilio el lugar en que desarrollen su actividad o en el que tengan establecimiento abierto o, en su caso, representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

bunal aprecia temeridad⁶⁸ en la conducta del condenado en costas. A estas excepciones ha de añadirse la prevista en el artículo 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal respecto del proceso monitorio que se sustancie en esta materia: el deudor vendrá obligado a pagar los honorarios y derechos del abogado y procurador con cuyos servicios haya contado el acreedor al formular la petición inicial, tanto si atiende el requerimiento de pago, como si no comparece; más aún: si hay oposición y transformación del proceso monitorio en un declarativo ordinario, en la condena en costas que se contenga en la sentencia deberán incluirse las partidas correspondientes a abogado y procurador, aunque su intervención no fuera preceptiva, si se produce un vencimiento total.

Los abogados establecen de manera discrecional la retribución a percibir por su actuación. Para ello atienden a tres criterios: *a)* el trabajo profesional desarrollado; *b)* la complejidad del asunto; y *c)* el valor económico de las pretensiones actuadas⁶⁹. Los colegios de abogados fijan criterios orientativos en materia de honorarios⁷⁰, sin que pueda derivarse de ellos vinculación alguna ni limitaciones máximas o mínimas. Sin embargo, conviene señalar que en los casos en que se produce la condena en costas o en los de impugnación de los honorarios por excesivos, la cantidad que se suele pedir como reembolso, en el primer caso, y a la que se atiende en el segundo es la que deriva de la aplicación de esos criterios⁷¹, es decir, que funcionan como mínimos cuando se trata de cobrar del contrario y como pauta para el tribunal –y previamente para el colegio de abogados al que corresponde dictaminar– cuando ha de resolver la impugnación. El artículo 35.2.III LEC recoge la posibilidad de que exista un presupuesto⁷² previo realizado por el abogado y aceptado por el cliente, en cuyo caso ambos quedarán vincu-

⁶⁸ Por tanto, en este supuesto, si son costas o gastos se difiere a lo que determine la resolución judicial respecto de la calificación que merezca el comportamiento del litigante. No se trata de una extensión del concepto de costas, sino de una ampliación de la obligación de reembolso por expresa disposición legal. A este respecto, *vid.* HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 134 y 135.

⁶⁹ Cfr. AT5 de 3 de febrero de 1998 (RJ 1998, 2926).

⁷⁰ Un ejemplo: los criterios elaborados por el Colegio de Abogados de Zaragoza pueden verse en www.reicaz.es/normaspr.

⁷¹ Como en su momento expuso SERRA DOMÍNGUEZ, «Notas sobre la situación actual de la Administración de Justicia en el ámbito procesal civil», en *Justicia* 1985-I, p. 22, «deberían ser limitados los honorarios en el supuesto de condena en costas, ya que el litigante condenado no ha elegido al Abogado contrario, y no tiene por tanto que sufragar el mayor coste posible derivado de la elección efectuada por el vencedor».

⁷² Sostiene FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 62, que el presupuesto «podrá revestir un carácter relativamente antiformalista, fundamentalmente si partimos de la base de la jurisprudencia actual en la que se viene admitiendo cierta elasticidad en la determinación de los conceptos y las cuantías a incluir en las minutas de honorarios que se presentan a tasación».

lados por tal acuerdo (lo pactado servirá para resolver los conflictos que se susciten entre ellos, pero no significa que el vencido, en el caso de una eventual condena en costas, venga obligado al reembolso de la cantidad presupuestada y aceptada cuando los servicios prestados se hayan llevado a cabo conforme a lo convenido).

Los procuradores establecen su retribución conforme a lo establecido en sus aranceles, tomando como base la cuantía del procedimiento y la participación en la actuación concreta en que se produzca el devengo⁷³.

La LEC (arts. 34 y 35) pone a disposición del abogado y del procurador dos procedimientos privilegiados para la exacción de sus derechos económicos –los derivados de la actuación en un concreto proceso– que se conocen con el nombre de «jura de cuentas». Se asemejan en su estructura al proceso monitorio y tienen una finalidad eminentemente ejecutiva. El abogado presenta su minuta –o el procurador su cuenta– y no tendrá que probar nada más; la carga de la prueba le corresponde al deudor –el representado por el procurador o el cliente del abogado– en el caso de que se oponga⁷⁴. El artículo 29 LEC regula un procedimiento sencillo –de escasa utilización– para que el procurador obtenga una provisión de fondos (tras la formulación de la pretensión por el procurador, se da audiencia por escrito al poderdante y el tribunal resuelve por auto con eficacia ejecutiva).

B) Inserción de anuncios o edictos

Los gastos producidos por la inserción de anuncios o edictos que deban publicarse en el curso del proceso tendrán la consideración de costas cuando dicha inserción haya de realizarse de forma obligada,

⁷³ La Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales, reconoció, con carácter general, la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia. No derogó expresamente la norma que regía el arancel de los procuradores. El Consejo General de los Colegios de Procuradores entendió que los aranceles se encontraban vigentes. El Tribunal de Defensa de la Competencia, por resolución de 16 de noviembre de 2000, sugirió al Gobierno español la supresión expresa de los aranceles de los procuradores por considerarlos perturbadores del régimen de libre competencia o, en su caso, la fijación de dichos aranceles con el carácter de máximos «lo que redundaría, a la postre, en beneficio del usuario de los servicios que dichos profesionales prestan, permitiendo, a la vez, el libre juego de la competencia por debajo de tales límites». El artículo 34 del RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, remite a las disposiciones arancelarias vigentes la fijación de los derechos que han de percibir los procuradores en su ejercicio profesional. El arancel ha sido aprobado por RD 1373/2003, de 7 de noviembre; puede consultarse en www.cgpe.es.

⁷⁴ Sobre la regulación de estos procedimientos, *vid.* CEDEÑO HERNÁN, *Retribución de abogados y procuradores: la llamada «jura de cuentas»*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

es decir, cuando así se prescriba legalmente. La Ley, por tanto, no limita los gastos de publicidad a los medios o periódicos oficiales.

Un ejemplo de gastos de publicidad que han de ser reputados como costas lo proporciona el artículo 15 LEC respecto de los procesos para la protección de los derechos de los consumidores. El citado precepto establece que ha de efectuarse, con carácter obligatorio, un llamamiento a quienes tengan la condición de perjudicados «publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses».

En aquellos casos en que exista un medio alternativo de dar y garantizar la publicidad, la opción de una de las partes por otro más costoso ha de ser necesariamente de su cuenta, sin que pueda ulteriormente resarcirse de ese gasto. En cambio, si es el tribunal el que acuerda una publicidad complementaria a la mínima exigida por la ley, los gastos que con ella se generen habrán de ser reputados como costas (esto es lo que acontece, por ejemplo, con los gastos de publicidad de la subasta en el proceso de ejecución, de conformidad con lo preceptuado en el art. 645 LEC).

C) Derechos de peritos e indemnizaciones de testigos

La práctica de la peritación comporta la realización de una actividad remunerada susceptible de alcanzar un monto de considerable importancia, tanto en términos absolutos como relativos respecto de la cuantía del proceso. La necesidad y utilidad de dicha actividad para el éxito de la pretensión justifica que los desembolsos que origina se integren en el concepto de costas. El dictamen pericial puede ser traído al proceso de dos modos: junto con los escritos de alegaciones de las partes –se trata de dictámenes elaborados por peritos designados por el litigante que haya encargado el informe– o en el plazo que señale el tribunal, antes del acto del juicio en que se practicará la prueba, cuando se trate de un perito designado judicialmente si alguna de las partes así lo ha solicitado y el juzgador la ha admitido.

En el primer caso –perito designado por la parte– corresponde al litigante que haya encargado el dictamen abonar su importe. En el segundo supuesto –designación judicial del perito–, el perito puede solicitar la provisión de fondos que considere necesaria. Corresponde a la parte o partes que hayan propuesto la prueba pericial, y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, abonar la cantidad fijada, quedando eximido el perito de emitir el dictamen si no se procede del modo indicado; si el perito ha sido designado de común acuerdo y uno de los litigantes no paga, se abren

dos opciones: el litigante contrario puede completar lo que falte e indicar los puntos sobre los que ha de pronunciarse el dictamen o bien puede recuperar la cantidad que haya adelantado, lo que comporta que el dictamen no se emitirá (art. 342 LEC).

Ya se haya optado por el dictamen de parte ya se haya solicitado el dictamen por perito designado judicialmente, los honorarios de los peritos integran el concepto de costas. El condenado vendrá obligado a su reembolso, sin perjuicio de que pueda discutir el importe al considerar que determinadas operaciones periciales practicadas merecen ser calificadas de inútiles o superfluas.

Los peritos designados judicialmente acuden las más de las veces a pedir la correspondiente provisión de fondos. Es de observar, sin embargo, que en la práctica existe una desviación consentida de lo que este concepto supone. Con la provisión se trata de que los gastos que comportan las operaciones periciales sean sufragados por los interesados, de modo que no tenga que pechar con ellos el profesional. Ocurre, sin embargo, que la provisión es utilizada como un pago anticipado de la propia retribución a que se hace acreedor el perito por el desempeño de su actividad.

Los peritos, además, para el cobro de sus honorarios no tienen por qué esperar a que el proceso concluya ni a conocer qué litigante es el condenado en costas (art. 241.2 LEC). Pueden reclamar su crédito del obligado –el que haya encargado el dictamen– por cualquiera de las vías que ofrece el ordenamiento procesal (a este respecto, el proceso monitorio se presenta como instrumento idóneo, siempre y cuando la cuantía reclamada no supere el máximo establecido en el art. 812.1 LEC, es decir, 30.000 euros).

Las indemnizaciones a los testigos también deben ser reputadas como costas, pues aunque la Ley no se refiere expresamente a ellas, encuentran cabida en la expresión genérica del artículo 241.4.º «demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso». Este derecho de los testigos a obtener la indemnización correspondiente se halla expresamente establecido en el artículo 375 LEC. Corresponde al tribunal fijar su importe mediante auto atendiendo a los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. Dicha resolución tiene carácter ejecutivo.

D) Otros gastos (gastos que son costas, gastos que no lo son y casos dudosos)

a) Expedición de documentos y derechos arancelarios

Los números quinto y sexto del artículo 241.1 LEC enuncian dos cláusulas generales. La primera se refiere a las copias, certifi-

caciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley. La segunda, a los derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso, como son las notariales (vg.: copia de una escritura acta notarial que se aporta a efectos probatorios o de acreditación de la legitimación) y las registrales (vg.: anotaciones de demandas y de embargos, certificaciones de cargas).

La inclusión expresa de estos conceptos en la relación de lo que se entiende por costas excluye cualquier interpretación restrictiva encaminada a excluirlos por el ámbito de su producción.

Los procedimientos especiales y expeditivos previstos en la legislación notarial e hipotecaria (arts. 63.IV y 617 de los respectivos reglamentos) a favor de notarios y registradores no parecen compatibles con la Constitución, a la vista de la doctrina sentada por la STC 110/1993, de 25 de marzo⁷⁵.

b) *Actuaciones concretas que generan costas*

En diversos preceptos hace alusión la LEC a diversas actuaciones que generan un coste sin estar expresamente comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 241. Es la propia LEC la que, con carácter específico, determina que tendrán la consideración de costas, despejando cualquier duda interpretativa que pudiera suscitarse.

Así sucede con los gastos derivados de la traducción oficial de un documento como consecuencia de haber sido impugnada la traducción privada. La traducción oficial ordenada se hará a costa de quien hubiere presentado el documento; pero si ambas traducciones coinciden, los gastos de la pública correrán cargo de quien la solicitó (art. 144 LEC).

Los gastos, costas y derechos que origine el cotejo o comprobación de documentos impugnados serán a cargo de quien hubiese formulado la impugnación cuando de dicha operación probatoria resulte la autenticidad o exactitud del documento impugnado (art. 320 LEC).

Cuando se acuerde el depósito como garantía de un embargo, los gastos ocasionados al depositario por el transporte, conservación, custodia, exhibición y administración de los bienes adelantados por el ejecutante generan el derecho al reintegro de éste en concepto de costas (art. 628 LEC).

⁷⁵ Vid. CEDEÑO HERNÁN, *Retribución de abogados...*, cit., pp. 149-153.

c) *Los depósitos necesarios para la interposición de recursos no son costas*

Del artículo 241.1 se desprende lo contrario pues en su número tercero se alude a esta partida afirmando que se considerará como costas. Un examen más detenido impide aceptar esta afirmación ⁷⁶.

Los depósitos que la Ley exija para interponer determinados recursos no son costas. Los depósitos son un presupuesto legal de acceso al recurso y, en este sentido, se configuran como una carga, pues si la parte llamada a realizarlo no lo hace, asumirá el perjuicio que de ello se derive. En cambio, las costas implican una obligación de pago, pero dicho pago no es presupuesto de actuación procesal alguna; realizada la actividad generadora de costas, nace la obligación –no la carga– de abonarlas, puesto que el sujeto obligado no tiene la facultad de no satisfacerlas, como si de ello sólo se derivase un perjuicio del interés propio. El depósito debe ser desembolsado con anterioridad a la actuación que lo requiere, mientras que las costas se devengan una vez efectuada la actividad que las produce. Las costas no guardan relación con la finalidad propia de los depósitos, lo que se evidencia al comprobar que la exigencia legal de éstos persigue evitar los recursos temerarios o con fines meramente dilatorios: de ahí que el derecho a la asistencia jurídica gratuita se extienda a su exoneración, pues ese control se consigue con el examen de la sostenibilidad de la pretensión –en este caso, la pretensión impugnatoria– por el abogado designado. Pero, sobre todo, que no son conceptos asimilables se advierte si atendemos al plano subjetivo: las costas hacen nacer una expectativa de reintegro en el sujeto que debió soportarlas, a cuyo reembolso estará obligado quien resulte condenado en el pronunciamiento que se dicte al respecto en la resolución procedente; en cambio, el destino final del depósito efectuado por la parte llamada a hacerlo en nada afecta al litigante contrario, pues si triunfa la pretensión de aquélla le será devuelto por el órgano jurisdiccional –con independencia de cuál sea el pronunciamiento sobre costas– y en otro caso lo perderá.

Mucho menos pueden tener la consideración de costas los depósitos o consignaciones que, en determinados casos especiales, exige hacer la Ley para admitir el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación. Me refiero a lo preceptuado en el artículo 449 de la LEC. En tales supuestos, se negará el derecho a recurrir si el condenado en la instancia no satisface, deposita o

⁷⁶ El razonamiento que sigue ya fue expuesto en HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, cit., pp. 137-139. En el mismo sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *La tasación de costas en el proceso civil español*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 73.

consigna la cantidad a que se contrae la sentencia condenatoria que se pretende impugnar. El importe a que asciende el depósito no responde al coste que genera una concreta actuación procesal, por lo que ni siquiera cabe conceptuarlo como gastos del proceso (con mayor razón, habrá que negar su integración en el concepto de costas). Coincide con los depósitos antes examinados en que contribuye a evitar la interposición de recursos con fines dilatorios; pero así como aquéllos pueden concebirse como una sanción pecuniaria que despliega todos sus efectos cuando el recurso se desestima, los recogidos en el artículo 449 no actúan en ese sentido, sino que cumplen una función de aseguramiento de la eventual confirmación de la condena impugnada.

Por lo expresado, parece que el ordinal tercero del párrafo segundo del artículo 241.1 está aludiendo a los depósitos que se exigen para la interposición de los recursos extraordinarios y no a los del artículo 449. Pues bien, partiendo de esa consideración, se ha de añadir al error de concepto de la Ley su falta de coherencia interna. Ni en el recurso de casación ni en el extraordinario por infracción procesal se exige el requisito del depósito. La Ley sólo hace mención a un depósito de esta naturaleza en el artículo 513, a propósito de la revisión de sentencias firmes; pero en tal caso no estamos en presencia de un recurso, sino de un proceso autónomo con un objeto especial y determinado.

d) *Las tasas judiciales*

En el capítulo anterior ha habido ocasión de examinar el ámbito objetivo y subjetivo de las tasas judiciales tal y como han sido reintroducidas en el ordenamiento español. Resulta discutible y discutida la inclusión de su importe en las costas⁷⁷.

Las razones que abogan por su exclusión pueden sintetizarse así⁷⁸: *a)* no hay previsión legal expresa que afirme que las tasas judiciales constituyen una partida que tiene la consideración de costas; *b)* la repercusión de las tasas abonadas sobre el condenado en costas podría suponer que tuviera que sufragarlas quien por disposición normativa está exento⁷⁹ (recuérdese que sólo las grandes

⁷⁷ Una exposición de las distintas opiniones y sus autores así como de las resoluciones judiciales en uno y otro sentido puede verse en LOREDO COLUNGA, «Las tasas judiciales...», *cit.*, pp. 25 ss.

⁷⁸ Una clara manifestación de estos argumentos puede verse en la SAP de Lérida de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005, 83346).

⁷⁹ *Vid.*, en este sentido, SAP de Sevilla de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 75912), SAP de Palencia, de 4 de noviembre de 2004 (JUR 2004, 317041) y SAP de Alicante de 10 de junio de 2005 (JUR 2005, 2131).

empresas son los sujetos gravados con este tributo), por lo que sólo el carácter generalizado de la tasa permitiría entender que puede ser objeto de reembolso.

Las razones que abogan por su inclusión son las que siguen: *a)* si no cabe el reintegro, quiebra el fundamento de la condena en costas porque quien se vio en la necesidad de acudir al proceso para obtener la tutela de su derecho, sufre una merma económica en su contenido⁸⁰; *b)* la falta de previsión legal expresa puede ser suplida acudiendo a una interpretación teleológica; *c)* la exención relativa a las tasas judiciales no puede significar su extensión a la obligación de asumir las costas, de modo que no hay traslado de la condición del sujeto pasivo del impuesto, sino resarcimiento de los perjuicios habidos por la necesaria interposición del litigio⁸¹; *d)* en todo caso, carecería de justificación que no vinieran obligados al reembolso los sujetos condenados en costas que no estén exentos del pago de la tasa judicial.

3. LA CONDENA EN COSTAS: CRITERIOS DE IMPOSICIÓN

El artículo 394 LEC recoge cuál es el criterio rector –el vencimiento– que ha de informar el pronunciamiento sobre costas con sus principales excepciones. Regula la condena en costas en la primera instancia en los procesos declarativos. En los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, rige el criterio del vencimiento para el recurrente; la estimación total o parcial del recurso comporta la no imposición de las costas del recurso a ninguno de los litigantes (art. 398 LEC). Las costas del proceso de ejecución se rigen por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 539.2 LEC, según el cual serán a cargo del ejecutado; las costas de las incidencias que tengan lugar durante la ejecución deberán ser objeto de pronunciamiento específico en la regulación que las decida.

La imposición de costas requiere un pronunciamiento expreso. Éste se habrá de contener en el fallo de las sentencias (art. 209.4.^a LEC). También son numerosos los autos que, en su parte dispositiva, habrá de incorporarla: así sucede con los autos definitivos –es decir, los que ponen fin a una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria– y los que decidan determinados

⁸⁰ *Vid.*, en este sentido, SAP de Cáceres de 14 de octubre de 2004 (JUR 2004, 276789).

⁸¹ *Vid.*, en este sentido, SAP de Zaragoza, de 15 de febrero de 2005 (JUR 2005, 76792).

incidentes declarativos que requieran una resolución autónoma –vg. el que deniega la acumulación de autos promovida por uno de los litigantes–. Esto conduce a la conclusión de que las costas causadas en un incidente han de ser objeto de un pronunciamiento independiente del que se contenga en el proceso principal (principio de autonomía del incidente).

A) El vencimiento: regla y excepción

El artículo 394.1 establece el criterio objetivo del vencimiento como norma que rige la imposición de costas en la primera instancia de los procesos declarativos⁸². Se trata de un precepto de *ius cogens* que será aplicado aunque la parte no solicite que se condene en costas a la contraria [así, STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 5605)].

El criterio del vencimiento se excepciona cuando «el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Se alude de ese modo a las circunstancias que con mayor frecuencia habían servido a la jurisprudencia para excepcionar las consecuencias de la victoria procesal en materia de costas: complejidad de la cuestión litigiosa, falta de claridad de la norma, ambigüedad del tratamiento legal o diversidad de criterios judiciales⁸³. El juicio acerca de si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho se encomienda exclusivamente al tribunal: no basta, por tanto, con sostener que quien hizo valer la pretensión finalmente rechazada albergaba la convicción y poseía argumentos para creer que le asistía la razón. La exigencia de motivación del pronunciamiento que se aparte de la regla general contribuye a reducir el margen de discrecionalidad del juzgador. La ley ofrece una pauta para estimar que el caso era dudoso: la jurisprudencia recaída en casos similares. En la práctica se corre el riesgo de convertirse en una cláusula que ensanche indebidamente la excepción, más aún cuando el camino para contar con una jurisprudencia uniforme se ha tornado estrecho por la peculiar interpretación que han

⁸² Tratándose de determinados procesos especiales nuestros tribunales optan generalmente por la no imposición. Es lo que ocurre en las resoluciones dictadas en procesos sobre capacidad de las personas, procesos de filiación y procesos matrimoniales; se aduce en ellas, por lo común, la naturaleza del objeto y los intereses de índole familiar y no disponibles que en estos juicios se ventilan. En algunos casos, no obstante, debería ser otra la solución: así, cuando se desestime una demanda de modificación de medidas acordadas en una sentencia de separación o divorcio [vid. SAP de Madrid de 10 de julio de 1998 (AC 1998, 1450)].

⁸³ Vid., a este respecto, HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, cit., pp. 150 y 151.

realizado los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto de la procedibilidad del recurso de casación.

B) El vencimiento parcial

Conforme a lo establecido por el artículo 394.2 LEC, el vencimiento parcial comporta que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que una de las partes hubiera litigado con temeridad, en cuyo caso se le impondrán a éste.

Conviene distinguir varios supuestos:

a) Cuando estemos en presencia de una acumulación eventual de acciones (art. 74.1 LEC), debe entenderse que la estimación de una de ellas en todos sus extremos comporta el vencimiento total del demandado⁸⁴, de igual modo que cuando prospera una de las excepciones del demandado acumuladas eventualmente, debe ser condenado el actor⁸⁵.

b) Si no ha habido acumulación de acciones, se producirá el vencimiento parcial si no hay una total correspondencia entre el *quantum* solicitado en la demanda y el estimado en la sentencia. Este postulado general ha sido corregido por la jurisprudencia, entendiéndose que la adecuación o ajuste del fallo a lo pedido ha de ser sustancial y no literal⁸⁶.

c) En los supuestos de acumulación objetiva simple de acciones, habrá vencimiento parcial cuando se estime alguna de ellas y se desestime el resto⁸⁷.

d) Si el demandado reconviene y se produce la estimación íntegra tanto de la demanda como de la reconvencción —o la desestimación de ambas—, estaremos en presencia de un vencimiento recíproco. No debe seguirse la consecuencia de la no imposición, sino que ha de efectuarse un doble pronunciamiento sobre costas⁸⁸.

⁸⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1977).

⁸⁵ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 24 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7903).

⁸⁶ *Vid.*, por ejemplo, las SSTS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 4770), 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1814) y 29 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1243).

⁸⁷ En alguna ocasión el acogimiento de la mayor parte de las pretensiones ejercitadas ha llevado al tribunal a cuantificar porcentualmente la imposición de las costas, como en la STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1920) en que el rechazo de tan sólo uno de los ocho pedimentos de la actora fue calificado como de escaso alcance económico por lo que se dijo que la parte contraria debía responder del 90 por 100 de las costas.

⁸⁸ Así, la STS de 23 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8399) ha tenido ocasión de señalar que resulta imprescindible considerar separadamente las costas derivadas de la demanda y las provenientes de la reconvencción.

C) El criterio de la temeridad

El papel desempeñado por el criterio subjetivo de la temeridad en materia de imposición de costas ha quedado notablemente restringido. Sistemáticamente, podrían ser agrupados los preceptos en que a la temeridad se anuda alguna consecuencia jurídica en tres apartados:

a) Imposición de una sanción económica al litigante. Las manifestaciones concretas a este respecto entroncan con el deber general de respetar las reglas de la buena fe procesal establecido en el artículo 247 LEC. Ejemplos concretos los encontramos en el artículo 344 LEC (tacha temeraria de peritos), 320.3 LEC (impugnación temeraria de un documento), 241.2 LOPJ (promoción temeraria de la nulidad de actuaciones). La multa en estos casos es un plus con que se sanciona al condenado en costas.

b) Incidencia en los conceptos que integran las costas. La apreciación de temeridad puede comportar que determinadas partidas, excluidas en principio de su inclusión en las costas, queden comprendidas en ellas y, consecuentemente, el condenado resulte obligado a su reembolso: es lo que sucede con los honorarios de abogado y derechos de procurador en los casos en que su intervención no es preceptiva (art. 32.5 LEC). También como consecuencia de la declaración de temeridad, dejará de aplicarse el límite que el artículo 394.3 LEC establece respecto de lo que corresponda pagar a los abogados y demás profesionales no sujetos a arancel, es decir, el tercio de la cuantía del proceso.

c) Alteración de los criterios de condena en costas en determinados casos. Estos casos son los de vencimiento parcial (según ya hemos visto), allanamiento y rescisión de sentencia firme. En realidad, la temeridad juega en estos supuestos no como excepción al vencimiento, sino a la regla de la no imposición.

1.º Cuando del allanamiento se trata, la Ley dispone (art. 395 LEC) que no procederá la condena en costas, lo que encuentra su fundamento en el reconocimiento inmediato del derecho ajeno, a la par que se alienta la pronta terminación de los procesos. El allanamiento es un indicio de la no necesidad del proceso; sin embargo, la realidad demuestra que no es infrecuente lo contrario, es decir, que ha sido el demandado quien, con su incumplimiento, ha motivado que el actor haya decidido acudir al proceso al haber sido desatendidos sus intentos previos de obtener la satisfacción de su derecho. Por ello, el legislador ha dispuesto que cuando el tribunal aprecie

mala fe en el demandado⁸⁹, a él le deben ser impuestas las costas. El artículo 395 LEC cita dos casos en que ha de entenderse necesariamente que existe mala fe: *a)* que antes de presentar la demanda se la haya formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago; y *b)* que se haya dirigido contra él demanda de conciliación.

2.º Cuando de la rescisión de sentencia firme se trata, el artículo 506 LEC dispone que si se estima procedente la rescisión sólo se impondrán las costas si se aprecia temeridad en alguno de los litigantes, lo que significa que la condena puede recaer sobre cualquiera de ellos y no sólo del vencido como ocurre en otros supuestos.

4. EL SUJETO OBLIGADO A REEMBOLSAR LAS COSTAS

La obligación de reembolsar las costas recae sobre el litigante condenado en ellas: por tanto, en los casos de sustitución, el obligado es el sustituto y no el sustituido; en los de representación, el obligado es el representado y no el representante.

No hay inconveniente alguno en que las costas le sean impuestas al demandado rebelde. La rebeldía es mera inactividad y esa inactividad equivale en nuestro sistema procesal civil a oposición a la demanda. Por tanto, si el actor triunfa, su victoria habrá tenido como presupuesto el desarrollo de la actividad procesal; el reconocimiento de su derecho comporta la consideración de vencido del litigante rebelde⁹⁰.

Los supuestos de pluralidad de partes no cuentan con una norma de imposición de costas que se ocupe de sus peculiaridades. Éstas se evidencian con especial intensidad cuando concurren absoluciones y condenas de los distintos litisconsortes. Ante el silencio legal habrá que seguir remitiéndose a lo dicho al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: no puede imponerse al condenado en el fondo y al pago de las costas que peche también con las causadas por sus codemandados absueltos [STS de 3 de junio de 1992 (RJ 1992, 4990)]; las costas sufragadas por el litisconsorte vencedor deben ser impuestas al contrario vencido [STS de 11 de febrero

⁸⁹ La mala fe ha de ponerse en relación con la conducta preprocesal, pues de la observada en el proceso por el demandado que se allana no puede extraerse ninguna conclusión que permita una calificación subjetiva. *Vid.*, HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, *cit.*, p. 162 y, bajo la vigencia de la ley anterior, *La condena en costas...*, *cit.*, pp. 244 ss. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998, pp. 315 ss.

⁹⁰ *Vid.*, entre otras, SSTS de 3 de abril de 1987 (RJ 1987, 2484), 4 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1994).

de 1992 (RJ 1992, 1206)]; el litisconsorte vencido vendrá obligado a abonar al litigante contrario una fracción de las costas causadas que tendrá como denominador el número de litisconsortes [STS de 25 de febrero de 1993 (RJ 1993, 357)]⁹¹.

Si los litisconsortes vencidos estaban unidos por un vínculo de solidaridad, cabe inferir que responderán solidariamente de las costas comunes⁹².

Cuando se produzca algún fenómeno de intervención procesal, deberán adoptarse las mismas soluciones, por lo que al pronunciamiento sobre costas respecta, que las seguidas para las situaciones litisconsorciales, pues la LEC confiere al interviniente la condición de parte (art. 13).

5. LA IMPUGNACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS Y DE SU OMISIÓN

El pronunciamiento sobre costas suele combatirse, de ordinario y las más de las veces, cuando se recurre lo que es el objeto principal del proceso; en realidad, se persigue la revocación de la sentencia recurrida y, lograda ésta y como efecto necesariamente anudado a ella, la variación de lo dispuesto en materia de costas. Pero nada obsta a que la pretensión impugnatoria se dirija exclusivamente a obtener una modificación del pronunciamiento que a tal efecto se contenga –o se silencie– en la resolución impugnada.

⁹¹ La Ley quiere que los obstáculos relativos a la debida integración del proceso se purguen al comienzo del proceso y por eso regula en el artículo 420 –es decir, en la audiencia previa al juicio– cómo se ha de proceder cuando el demandado alegue la falta del debido litisconsorcio. «Puede ocurrir que el actor se oponga a lo aducido de contrario y que el tribunal, en cambio, lo estime procedente; para evitar el archivo de las actuaciones, el demandante deberá constituir el litisconsorcio en el plazo señalado por el tribunal. La paradoja puede darse si, en tal caso, el nuevo demandado resulta finalmente absuelto: ¿a quién se deben imponer las costas? Ciertamente, por lo que a ese litisconsorte respecta, se ha producido el vencimiento del actor, pero no hay razón para condenar a éste atendiendo a las circunstancias antes mencionadas, como tampoco la hay para, en perjuicio del litigante absuelto, disponer la no imposición de costas [ésta fue la solución adoptada por la STS de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7415) en la que, aun cuando se absolvió a uno de los demandados, se consideró que estuvo bien traído al proceso]; imponerlas al otro u otros codemandados (¿requeriría esta opción su condena en lo principal y en las costas?) parece colisionar con la jurisprudencia más arriba citada, si bien podría justificarse en aquellos casos en que el demandado absuelto ha sido traído al proceso inducido por la confusión que ha generado en el actor la parte demandada que ha excepcionado su falta de legitimación pasiva o del debido litisconsorcio [véase, en este sentido, la STS de 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 4391)]. Nos encontramos, en mi opinión, en un callejón sin salida; no será de extrañar, por ello, que la solución por la que se incline la práctica sea la de la no imposición, invocando las serias dudas de hecho o de derecho que presente el caso al amparo de lo establecido en el artículo 394.1» (cfr. HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, cit., pp. 167-168).

⁹² Vid. STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7080).

La declaración de costas, ya se contenga en un auto o en una sentencia, es apelable siempre que el recurso de apelación sea procedente frente a dicho auto o sentencia. Lo es, además, con independencia del criterio en que se funde. La inaplicación de las reglas recogidas en las distintas normas constituye base suficiente para perseguir la revocación del pronunciamiento dictado por el órgano inferior.

La actual configuración de la casación española impide atacar a través de este recurso el pronunciamiento sobre costas, ya que, a tenor del artículo 477 LEC, el recurso de casación tiene como único motivo la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Entendiendo que los preceptos sobre condena en costas son normas procesales que se refieren al contenido de la sentencia, cabe sostener que será procedente la impugnación a través del recurso extraordinario por infracción procesal y, concretamente, al amparo del número segundo del artículo 469.1 LEC. Podrá denunciarse por este cauce la falta de pronunciamiento, la aplicación inadecuada del criterio que rijan la imposición en un caso concreto y la falta de motivación cuando no conste el razonamiento debido a lo decidido según lo ordenado por la ley⁹³. Este planteamiento es rechazado por el Tribunal Supremo⁹⁴. Entiende éste que en ninguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 LEC tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas (en concreto, ni en las normas reguladoras de la sentencia –puesto que el pronunciamiento sobre costas se regula en sede distinta a la dedicada a las resoluciones judiciales– ni tampoco en el atinente a las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión).

El carácter accesorio del pronunciamiento sobre costas ha llevado a declarar que su omisión constituye un defecto cuya corrección entra en el ámbito del denominado expediente –antes, mal llamado recurso– de aclaración. En la actualidad, el artículo 267 LOPJ distingue entre aclaración y complemento de sentencias y autos. Se trata de mecanismos sanadores que pueden ser utilizados

⁹³ Cuando la casación española albergaba tanto la infracción de ley como el quebrantamiento de forma, el TS sostenía la procedibilidad del recurso de casación limitado a la impugnación de la condena en costas, aunque no se interpusiera sobre el fondo del pleito. La omisión de pronunciamiento siendo preceptiva la condena o la contradicción del pronunciamiento dictado respecto de preceptos que la refieren al vencimiento, se ha estimado que era denunciante al amparo del anterior motivo cuarto del artículo 1692 LEC, es decir, la infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable. Un ejemplo reciente, que todavía aplica la vieja Ley, puede verse en la STS de 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 1827).

⁹⁴ *Vid.* a título de ejemplo, el ATS de 7 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8678).

de oficio por el juzgador y de los que puede servirse la parte para denunciar el defecto advertido. El llamado complemento de sentencias y autos sería la vía apta para conseguir que el tribunal complete su resolución. Lo que no cabe por este cauce es la sustitución de un pronunciamiento por otro distinto, aunque se observe una infracción de ley patente⁹⁵.

6. LA TASACIÓN DE COSTAS

El condenado en costas queda obligado a su reembolso frente a la parte contraria. Es ésta, por tanto, la que puede requerir su efectividad cuando el pago no se produce de forma voluntaria. El procedimiento para hacerlo se conoce con el nombre de tasación de costas: se trata de liquidar o cuantificar la condena y, así, una vez determinado su importe, poder proceder en vía ejecutiva frente al condenado. La tasación de costas se encuentra regulada en los artículos 242 a 246 LEC.

Corresponde al litigante favorecido por la condena solicitar la tasación y al secretario judicial realizarla mediante la inclusión o exclusión de las partidas procedentes conforme a lo establecido en el artículo 243. No se incluirán los derechos relativos a actuaciones inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito.

La exigencia de detalle en las minutas ha sido matizada por el Tribunal Supremo⁹⁶, en el sentido de que no es necesario consignar la cuantía concreta asignada a cada concepto detallado, es decir, han de relacionarse las actuaciones y fijar el importe total sin desglose. Habrá que acompañar los justificantes para poder proceder a la práctica de la tasación.

La labor del secretario consiste en comprobar que la cuantía que se ha tenido en cuenta en la fijación de derechos y honorarios ha sido la del proceso o, en su caso, la del incidente de que se trate y verificar los conceptos e importes incluidos en las partidas. Éste es el momento para aplicar –de oficio, por el secretario– la limitación que establece el artículo 394.3 LEC: el litigante vencido con-

⁹⁵ La STS de 18 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2240) ha declarado que la aclaración –hoy sería el complemento– es también vía adecuada cuando, sin modificar el contenido esencial de la sentencia, es utilizada con el fin de «precisar el alcance de la condena en costas para evitar posibles confusiones, dada la multiplicidad de sujetos intervinientes en calidad de partes y determinar sin ninguna duda su alcance».

⁹⁶ *Vid.*, a este respecto, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *La tasación de costas...*, *cit.*, pp. 146 ss.

denado en costas «sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa». Parece que esta limitación responde a la finalidad de evitar minutas excesivas y que las costas absorban o superen el resultado económico del pleito. Además de que tales fines pueden lograrse por otros medios –como la impugnación de los honorarios por excesivos– debe destacarse que son las pequeñas reclamaciones las que resultan penalizadas. El límite del tercio se viene aplicando de manera separada a cada uno de los litigantes vencedores, pues lo contrario supondría gravar en mayor medida al litigante victorioso que al vencido y condenado⁹⁷.

Realizada la tasación, se da traslado de ella a las partes, que disponen de un plazo de diez días para impugnarla (art. 244 LEC). Legitimados para impugnar están tanto el condenado en costas –por estimar que alguna partida incluida es indebida o que son excesivos los honorarios– como el favorecido por la condena –si considera que se ha excluido indebidamente alguna partida o rebajado el monto de la minuta de que se trate– (art. 245 LEC). En el caso de impugnación de los honorarios por excesivos, la LEC dispone una tramitación específica (art. 246 LEC), siendo lo más señalado que debe darse audiencia al abogado o perito y al colegio, asociación o corporación profesional correspondiente. Si el profesional mantiene el importe de su minuta, se recaba el informe del colegio al que pertenezca (los más frecuentes son los informes de los colegios de abogados): en el informe se analiza el trabajo realizado y se pone en relación con la cuantía del procedimiento y los criterios orientativos que en materia de honorarios haya establecido el propio colegio. Resuelve el juez por medio de auto frente al que no cabe recurso. Si la impugnación fuere total o parcialmente estimada, se impondrán las costas del incidente al abogado o perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos; esta discutible norma parece basarse en la idea de sanción al profesional y conduce a que éste se someta con carácter previo a la regulación colegial de honorarios.

⁹⁷ *Vid.*, en este sentido, MARTÍN CONTRERAS, *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2001, p. 147.

III. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si la situación económica del justiciable impidiera a éste acceder a la justicia se vulneraría el principio de igualdad y se incumpliría la efectividad de la tutela judicial, con el consiguiente quebranto de los derechos fundamentales proclamados en los artículos 14 y 24 de la Constitución española. A este respecto dispone el artículo 119 que «la justicia será gratuita, cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

El desarrollo normativo de este mandato constitucional se encuentra en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) que es de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales y que se complementa con el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio.

El sistema español⁹⁸ confía la competencia para otorgar el reconocimiento del derecho a litigar gratis a unos órganos administrativos de composición mixta a los que denomina Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita⁹⁹, cuya resolución es impugnabile en vía jurisdiccional. Reconocido el derecho, a los poderes públicos corresponde garantizar su efectividad, lo que comporta asumir la subvención de los costes procesales que, de no disfrutar de tal derecho, debería abonar el litigante¹⁰⁰.

Un papel fundamental en la gestión eficaz del servicio es el que desempeñan los colegios de abogados. A ellos les corresponde el asesoramiento previo al proceso y la organización del turno de oficio. El instrumento que a través del cual se articula el mencionado asesoramiento previo es el llamado «Servicio de Orientación Jurídica» (SOJ) integrado por abogados del colegio correspondiente: el servicio proporciona información sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho y auxilio

⁹⁸ La solicitud se presenta en el Colegio de Abogados del lugar en que deba seguirse el juicio. Si concurren las circunstancias necesarias para el reconocimiento del derecho, el Colegio designa provisionalmente al abogado de oficio y lo comunica al Colegio de Procuradores para que haga otro tanto. Al mismo tiempo, eleva el expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que resuelva la solicitud.

⁹⁹ La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita es un órgano de ámbito provincial integrado por un fiscal, que lo preside, los decanos de los colegios de abogados y procuradores, o un abogado y un procurador designados por ellos, y dos representantes de las administraciones públicas (art. 10 LAJG).

¹⁰⁰ En el año 2003, según los datos proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial, los presupuestos en justicia gratuita ascendieron a 95.864.422 euros, un 4,28 por 100 más que en el ejercicio anterior.

en la redacción de la solicitud; escapa de su cometido atender ni responder consultas jurídicas relativas al fondo del asunto, es decir, que no se trata de una asesoría jurídica gratuita, sin perjuicio de que se le indique al solicitante el órgano al que debe dirigirse cuando de una actuación no procesal se trate ¹⁰¹.

2. SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

A) **Personas físicas**

La Ley reconoce el derecho a cualquier ciudadano español, comunitario o extranjero que se encuentre en España, cuando cumpla el presupuesto económico, es decir, la insuficiencia de recursos para litigar. La redacción original del artículo 2 LAJG exigía al extranjero residir *legalmente* en España, quedando tan sólo dispensado de este requisito en la defensa procesal penal y en la solicitud de asilo (dentro del orden contencioso-administrativo y en la vía administrativa previa). Pero el inciso *legalmente* fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 95/2003, de 22 de mayo; la expresión «que residan (en España)» debía entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español. La Ley 16/2005, de 18 de julio, ha dado nueva redacción al precepto y ha sustituido los términos «que residan» por «que se encuentren» en España. Los extranjeros no residentes en España tienen garantizada una asistencia jurídica gratuita en todos los ámbitos del modo en que la tenían ya reconocida en el ámbito penal y en el contencioso administrativo en los términos antes descritos. Además por virtud de la reforma operada por la Ley 16/2005, el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita se extiende a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros de la Unión Europea cuando se trate de litigios transfronterizos ¹⁰² en materia civil o mercantil y en los derivados de un contrato de trabajo (art. 46 LAJG).

¹⁰¹ En el seno de algunos colegios profesionales se han organizado servicios de orientación especializados por la materia que atienden gratuitamente y encauzan a los solicitantes hacia el organismo que corresponda. Así, por ejemplo, en el Colegio de Abogados de Zaragoza existe un servicio de asistencia y orientación jurídica para inmigrantes, un servicio de orientación penitenciaria, un servicio de asistencia y orientación jurídica a la mujer, un servicio de asistencia a las víctimas de la violencia doméstica, un servicio de asistencia y orientación jurídica al mayor y un servicio permanente de intérpretes.

¹⁰² Un litigio transfronterizo, de acuerdo con la definición de la Directiva 2003/8/CE que recoge el reformado artículo 47 LAJG, es «aquel en el que la parte que solicita la asistencia jurídica gratuita reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea

Debe recordarse, por lo que al ámbito de la Unión Europea respecta, que el ciudadano que hubiere obtenido el beneficio de justicia gratuita o una exención de costas y gastos, gozará en el procedimiento que inste para el reconocimiento o ejecución de la resolución judicial del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado requerido (art. 50 del Reglamento Bruselas I), así como en la propia ejecución de sentencias o de documentos ejecutivos que promueva (art. 46.2 LAJG).

En el orden social, los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social gozarán del derecho a litigar gratis, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales, sin que se exija en tales casos acreditar la insuficiencia de recursos para litigar¹⁰³. El derecho se reconoce en los mismos términos a dichos sujetos cuando se trate de los procesos sobre esa materia deban sustanciarse ante los tribunales del orden contencioso-administrativo.

B) Personas jurídicas

Determinadas personas jurídicas también pueden disfrutar de la asistencia jurídica gratuita si acreditan insuficiencia de recursos para litigar. Se trata de las asociaciones de utilidad pública previstas en el artículo 32 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación¹⁰⁴, y de las fundaciones inscritas en el

distinto de aquel otro donde se halle el Juzgado o Tribunal competente para su conocimiento o en el que deba ejecutarse la resolución».

¹⁰³ Como señala BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1997, p. 39, «ha de recordarse que la gratuidad es uno de los principios que informan el proceso laboral, y que la norma que reconoce la gratuidad de la justicia para los trabajadores y beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, sin tomar en consideración su efectiva situación económica, encuentra su fundamento en la diferente condición de empresario y trabajador».

¹⁰⁴ Los requisitos que deben reunir son los siguientes: «a) Que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general, en los términos definidos por el artículo 31.3 de esta Ley, y sean de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza. b) Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines. c) Que los miembros de los órganos de representación que perciban retribuciones no lo hagan con cargo a fondos y subvenciones públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, y en los términos y condiciones que se determinen en los Estatutos, los mismos podrán recibir una retribución adecuada por la realización de servicios diferentes a las funciones que

registro administrativo correspondiente. Se entiende que hay insuficiencia de recursos cuando su base imponible en el impuesto de sociedades sea inferior a la cantidad equivalente al triple del salario mínimo interprofesional en cómputo anual (art. 3.6 LAJG)¹⁰⁵.

Además, la Ley concede el derecho a la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar la insuficiencia económica a las siguientes personas jurídicas: las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (art. 2.b LAJG), la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad (disposición adicional segunda LAJG).

Por lo que a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios respecta, debe tenerse en cuenta que pueden actuar en el proceso (1) en defensa de los intereses de la propia asociación, (2) en defensa de los intereses de sus asociados y (3) en defensa de los intereses generales que afecten a los consumidores y usuarios. La asistencia gratuita se condiciona a que los intereses defendidos guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 2.2 LGDCU en relación con el art. 20 de la misma Ley). Se acepta pacíficamente que las asociaciones disfrutará del derecho a litigar gratuitamente cuando se trate de actuaciones procesales encaminadas a la tutela de los intereses de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios. En cambio, es discutido que les asista tal derecho cuando los intereses en juego en el proceso sean los de los asociados¹⁰⁶. La postura que se adapte respecto de la condición con la

les corresponden como miembros del órgano de representación. *d)* Que cuenten con los medios personales y materiales adecuados y con la organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios. *e)* Que se encuentren constituidas, inscritas en el Registro correspondiente, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines estatutarios, ininterrumpidamente y concurriendo todos los precedentes requisitos, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud».

¹⁰⁵ Una valoración positiva de la exclusión de las demás personas jurídicas, en especial, de las sociedades capitalistas puede verse en BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., pp. 53 ss. En sentido distinto, GÓMEZ COLOMER, «El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita», en *La Ley* 22 de abril de 1996 y GÓMEZ DE LIAÑO POLO, «La asistencia jurídica gratuita y las personas jurídicas», en *Justicia* 1999-1, pp. 83 ss. Una postura crítica con especial referencia a la acción de responsabilidad contra los administradores puede verse en CANCIO FERNÁNDEZ, «El derecho a la asistencia jurídica gratuita en el marco de la sociedad mercantil» en *Tribunales de Justicia* junio-2001, pp. 31 ss. La STC 117/1998, de 2 de junio, atendiendo a la distinta naturaleza y función de la persona física y de las personas jurídicas, confirma el criterio legal que permite un trato desigual a este respecto.

¹⁰⁶ Niega el reconocimiento del derecho BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., p. 46. Lo afirma FONTANILLA PARRA, «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», En *La Ley* núm. 5740, 17 de marzo de 2003.

que actúa la asociación en estos casos es clave a este respecto; si se entiende, como estimo que debe hacerse, que la asociación actúa como representante y no como sustituto¹⁰⁷, habrá de concluirse que el reconocimiento legal del derecho de asistencia jurídica gratuita no se extiende a la asociación cuando comparezca en el proceso en defensa de los intereses de sus asociados.

3. PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

A) La insuficiencia de recursos para litigar

Este presupuesto, aludido ya en el artículo 119 CE, ha sido concretado legalmente con referencia a un módulo objetivo: el derecho se reconocerá a aquellas personas físicas «cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional¹⁰⁸ vigente en el momento de efectuar la solicitud» (art. 3.1 LAJG). Como ha dicho el Tribunal Constitucional, ha de entenderse que por debajo de tal nivel no cabe subsistencia digna (STC 16/1994, de 20 de enero).

En algunos casos no es necesario acreditar previamente carecer de recursos: así se establece (1) para el detenido o preso en el caso de las diligencias policiales y judiciales a que se refiere el artículo 6.2 LAJG, (2) para las víctimas del terrorismo y (3) para las víctimas de la denominada violencia de género. En todos estos supuestos, si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberán abonar al abogado y, en su caso, al procurador, los honorarios y derechos devengados por su intervención (art. 3.5 LAJG).

Se toma como referencia la unidad familiar¹⁰⁹, salvo que se acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos, en cuyo caso los medios económicos serán valorados individualmente (art. 3.3 LAJG). La literalidad de la ley conduce a entender que sólo

¹⁰⁷ Vid. a este respecto, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 234 ss.

¹⁰⁸ El salario mínimo interprofesional fijado para el año 2005 (RD 2388/2004, de 30 de diciembre) se sitúa en 17,10 euros/día o 513 euros/mes.

¹⁰⁹ Dice BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., p. 66, que «la fórmula lógica –y más conforme al principio de igualdad– sería la siguiente: que los ingresos de cada uno de los cónyuges se computaran conjuntamente y se dividieran por dos; si la cantidad resultante no superara el módulo económico aplicable, el derecho debería ser reconocido; en caso contrario, debería denegarse».

se considera unidad familiar a la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores con excepción de los emancipados y a la formada por el padre o a la madre con hijos menores. La ley no ha resuelto el problema de las parejas de hecho¹¹⁰ o, por mejor decir, favorece a éstas frente a las unidas por vínculo matrimonial ya que aquéllas no tendrán que computar acumuladamente sus ingresos, de modo que uno de sus integrantes podrá obtener el reconocimiento del derecho mientras que un cónyuge en igual situación económica lo verá denegado, lo cual no se compadece con el principio de igualdad del artículo 14 CE.

Se discute si las percepciones económicas que deben tenerse en cuenta han de ser los ingresos brutos o los netos, es decir, aquellos que resultan una vez practicadas las deducciones tributarias procedentes. La práctica se orienta en la primera de las direcciones apuntadas, lo cual arroja un resultado limitativo del reconocimiento del derecho.

Cuando se dé una situación de litisconsorcio, la regla general es que el reconocimiento del derecho ha de efectuarse de manera separada para cada uno de los interesados (art. 12.II LAJG)¹¹¹.

Si el solicitante reside o está domiciliado en un Estado de la Unión Europea distinto de España prueba que no puede hacer frente a los gastos procesales debido a las diferencias en el coste de vida entre el Estado de su residencia o domicilio y España, se tendrá en cuenta el cumplimiento por el solicitante de los criterios aplicables en aquel Estado para conceder la justicia gratuita (art. 49.2 LAJG).

Quienes tengan unos ingresos superiores al doble del salario mínimo interprofesional pero que no excedan del cuádruplo pueden obtener también el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente. Se trata de un reconocimiento excepcional para lo que el órgano llamado a concederlo –la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita– atenderá «a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la inicia-

¹¹⁰ El precepto de la LAJG parece inspirado en el concepto que la legislación fiscal ofrece de unidad familiar. Sin embargo, en ésta se considera también unidad familiar, cuando no exista vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos (menores o incapacitados sujetos a patria potestad) que convivan con uno u otro (art. 84.1.2.º de la Ley del IRPF, RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo).

¹¹¹ La LAJG excepciona aquellos casos en que de conformidad con las leyes procesales, los solicitantes deban litigar bajo una sola defensa o representación. Así sucede en el supuesto previsto en el artículo 19 LPL cuando demanden de forma conjunta más diez actores o se acuerde la acumulación de procesos correspondientes a varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores.

ción del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial ¹¹²» (art. 5 LAJG). El reconocimiento, en tales casos, puede ser limitado, es decir, puede no comprender todos los beneficios que integran el derecho y que se encuentran relacionados en el artículo 6 LAJG. De este modo, la facultad discrecional de la Comisión –discrecionalidad que no exime de la exigencia de motivar la resolución– puede ejercitarse en el sentido de especificar qué gastos deberán ser abonados por la parte y, en su caso, en qué cantidad o proporción.

De igual forma –esto es, sin superar el cuádruplo del salario mínimo interprofesional y respecto de los gastos, cuantía y proporción que determine la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita–, el derecho puede ser reconocido a las personas con discapacidad ¹¹³ y a quienes las tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés (art. 5 LAJG).

Por otra parte, debe señalarse que la Comisión –aunque, en principio, atenderá a los justificantes de los ingresos que el solicitante presente y los bienes patrimoniales por él declarados– puede también tener en cuenta los signos externos que manifiesten su real capacidad económica; si éstos contradicen la apariencia creada por el solicitante con su declaración, la Comisión denegará el reconocimiento del derecho (art. 4 LAJG). Así, por ejemplo, han llevado a la denegación el conocimiento de signos tales como la obtención de un crédito por un elevado importe, el hecho de haber litigado en procesos anteriores sin haber solicitado el reconocimiento del derecho, los movimientos bancarios del solicitante, viajes y alojamientos en determinados establecimientos hoteleros o residencias veraniegas, ser heredero de varias fincas, contar con créditos realizables, poseer varios vehículos, etc. ¹¹⁴. Que estos signos sean conocidos

¹¹² Son familias numerosas de categoría especial las de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente múltiples (art. 4 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre).

¹¹³ Dice el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, a la que se remite la LAJG: «A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

¹¹⁴ Hay una nutrida jurisprudencia del TS al respecto, como ya reseñó GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 95 y 96. Un ejemplo en que se combinan varios signos externos de riqueza que conducen a la denegación de la solicitud lo proporciona la STS de 6 de mayo de 1985 (RJ 1985, 4951); en ese asunto se deja constancia de que el solicitante sostuvo y sostiene dieciséis procesos en los que no

por la Comisión traerá causa, de ordinario, de su puesta en conocimiento por la parte contraria. Adviértase, no obstante, que la veracidad¹¹⁵ y corrección de la declaración del solicitante constituye para él un deber cuyo incumplimiento se sanciona con la revocación del derecho que llevará aparejada la obligación de pagar todos los honorarios de abogado y procurador devengados desde la concesión del derecho y de las cantidades correspondientes a las demás prestaciones obtenidas (art. 19 LAJG).

B) Litigar por derechos o intereses propios

Este presupuesto se recoge en el artículo 3.4 LAJG. Se trata de evitar situaciones fraudulentas de modo que a través de la cesión de derechos se consiga la exoneración del pago de gastos por quien goza de una situación económica que no le eximiría de él¹¹⁶.

La referencia no sólo a los *derechos*, sino también a los *intereses* permite sostener que las asociaciones de consumidores que litigan en defensa de los intereses generales de los consumidores cumplen el requisito exigido legalmente, amén de que no cabe observar intención fraudulenta alguna en tal proceder.

C) La sostenibilidad de la pretensión

Si la pretensión que se pretende ejercitar en el proceso se estima indefendible, se denegará el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 34 LAJG). Como ya dijera uno de nuestros clásicos, el beneficio se concede «para el amparo y defensa de los derechos cuando son legítimos, y no para fines reprobados por la moral y las leyes»¹¹⁷.

contó con la asistencia jurídica gratuita, es socio de un club de polo y dos clubes de golf, conduce habitualmente un automóvil lujoso, se desplaza en la temporada de verano a otra residencia y es titular de 80.000 acciones al portador que significan el 40 por 100 del capital suscrito y desembolsado de una sociedad anónima cuyos beneficios superaron los ochenta millones de pesetas (en el año 1983).

¹¹⁵ La SAP de Salamanca de 20 de febrero de 1995 (AC 1995, 2439) suministra un ejemplo en que el solicitante omitió datos que, al ser tenidos en cuenta, condujeron a la denegación del reconocimiento del derecho; el solicitante, un profesional de la agricultura y la ganadería, dijo convivir con su mujer, cuatro hijos y dos tíos de su esposa y declaró las cabezas de ganado que poseía, pero omitió los ingresos de sus familiares, las colmenas que tenía y los rendimientos que obtenía de ellas, los bienes de naturaleza rústica de su propiedad y de su esposa, así como la posesión de tres vehículos.

¹¹⁶ *Vid.* a este respecto GUTIÉRREZ ZARZA, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998, p. 107.

¹¹⁷ Cfr. MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881, p. 76.

El juicio de la viabilidad de la pretensión es un juicio jurídico –por tanto, no estadístico– acerca de los fundamentos que le sirven de sustento. Se trata, por tanto, de examinar que el Derecho ampara la acción que se quiere hacer valer en el proceso y que se dispone de elementos probatorios para lograr una resolución estimatoria. Las dudas deben resolverse a favor del ejercicio de la acción. Por ello se propugna su interpretación en forma negativa: «no se trata de estimar cuándo es viable, sino de apreciar más bien cuándo es *claramente inviable o insostenible*»¹¹⁸.

Comparto la opinión de quienes sostienen que el examen de la sostenibilidad ha de referirse únicamente a la pretensión de la parte actora y no a la defensa del demandado, pues de lo contrario, al no poder comparecer éste en la debida forma en el proceso, no podría ofrecer resistencia¹¹⁹.

El examen de la sostenibilidad se realiza del siguiente modo: 1.º) El abogado de oficio al que se le haya turnado, si considera que la pretensión es insostenible, lo comunica a la Comisión dentro de los quince días siguientes a su designación (art. 32 LAJG); si no dice nada, queda obligado a asumir la defensa. 2.º) La Comisión recaba un dictamen del colegio de abogados que debe emitirse en el plazo de quince días (art. 33.2.I)¹²⁰; si, al igual que el del abogado, considerar insostenible la pretensión, se solicita otro informe del Ministerio Fiscal que habrá de evacuarse en el plazo de seis días. 3.º) Si el informe del colegio o el del Ministerio Fiscal estiman defendible la pretensión, se designará otro abogado para quien será obligatoria la defensa (art. 34.I). 4.º) Si ambos informes la estiman indefendible, la Comisión denegará el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita (art. 34.II). 5.º) La decisión de la Comisión es recurrible ante el juez que conoce o conocerá del proceso principal.

Si la acción puede resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción, ésta quedará interrumpida siempre que en los plazos legales no sea posible nombrar abogado –y, en su caso, procurador– que ejercite la acción; el plazo se reanuda desde la notificación de la designación provisional de abogado o desde la notificación de la resolución de la comisión y, en todo caso, en el

¹¹⁸ Cfr. BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., p. 89.

¹¹⁹ *Vid.*, en este sentido MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.: CORTÉS DOMÍNGUEZ) Tecnos, Madrid, 1985, p. 115. En sentido contrario, BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., pp. 91-93.

¹²⁰ Los dos plazos referidos en el texto han sido ampliados de seis a quince días en virtud de la reforma llevada cabo por la Ley 16/2005, de 18 de julio. Dice la Exposición de Motivos que la ampliación se debe a que los plazos anteriores «resultaban insuficientes en los supuestos de mayor complejidad».

plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud. Si la acción puede resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de caducidad, ésta quedará suspendida hasta que resuelva la Comisión reconociendo o denegando el derecho (art. 16 LAJG).

4. CONTENIDO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Las prestaciones que comprende el derecho a litigar gratis se hallan enumeradas en el artículo 6 LAJG. Los dos primeros apartados se refieren a actuaciones previas al proceso: el ya aludido asesoramiento que prestan los servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados y la asistencia letrada al detenido o preso para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal. En el segundo caso, se incluyen también algunas diligencias judiciales: la asistencia se extiende también a la primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado letrado en el lugar donde se preste. Que no se nombre abogado de confianza no significa que pueda disfrutar gratuitamente de los servicios del designado: si el detenido o preso tiene recursos económicos suficientes, abonará los honorarios del profesional que le haya asistido, si bien se estará, a este respecto, a lo que marquen los criterios orientativos del respectivo colegio en la materia. A tenor de lo dispuesto en el artículo 31 LAJG, el abogado designado será el que asumirá la defensa en el proceso posterior hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento.

El resto de los apartados del artículo 6 LAJG –con una excepción que en seguida se verá y ciertos matices que oportunamente se pondrán de manifiesto– hacen referencia a distintas prestaciones que tienen un denominador común: los gastos que originan son costas (adviértase el paralelismo del art. 6 LAJG con el art. 241 LEC que enumera los distintos conceptos que integran las costas). Podría afirmarse, por tanto, que quien tiene reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita queda exonerado del pago de las costas (aunque no del reembolso de las de su contrario, como luego se indicará).

A) **Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador**

Al beneficiario de la asistencia jurídica gratuita se le nombrará abogado y procurador de oficio cuando su intervención sea precep-

tiva. Cabe también que, aun no siéndolo, el tribunal la requiera mediante auto motivado¹²¹. Esta previsión legal, aunque loable en su intención, presenta dificultades prácticas, sobre todo cuando se estime que es el actor quien precisa de la defensa técnica, pues, en tal caso, sus alegaciones han sido ya formuladas con el escrito de demanda en cuya redacción no habrá podido contar con el asesoramiento letrado. Lo establecido en la LAJG debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 32 LEC: cuando no siendo preceptiva la intervención de estos profesionales, una de las partes decida valerse de sus servicios, tal circunstancia habrá de ser puesta en conocimiento del contrario, el cual puede decidir contar también con abogado y procurador y solicitar, en su caso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que llevará al tribunal a acordar la suspensión del proceso hasta que se acuerde el reconocimiento o denegación del derecho o se proceda a la designación provisional de abogado y procurador¹²².

El abogado designado –lo mismo vale para el procurador– lo es de los que figuran en el turno de oficio. La adscripción e incorporación al turno de oficio organizado por cada colegio profesional es voluntaria¹²³ y se realiza anualmente. Los requisitos mínimos exigidos¹²⁴ a los abogados para acceder al turno son: tener residencia habitual y despacho abierto en el ámbito territorial del colegio y en la correspondiente demarcación judicial, llevar un mínimo de tres años en el ejercicio efectivo de la profesión y haber superado determinados cursos o pruebas establecidos por la correspondiente junta de gobierno colegial.

Se establecen diferentes listas del turno de oficio en función de la materia jurídica de que se trate (turno civil, de familia, penal, social, administrativo, de extranjería, penitenciario). Las listas se elaboran por orden alfabético y las designaciones se efectúan por riguroso turno, aunque los asuntos conexos se asignan al mismo

¹²¹ Dice la Ley que así se requiere «para garantizar la igualdad de las partes en el proceso»; en realidad, el derecho a la asistencia letrada –y a la representación procesal– es garantía del derecho de defensa. Cuando de litigios transfronterizos se trata, se prevé que el tribunal pueda requerir la intervención de abogado y procurador aun cuando no sea preceptiva atendiendo no sólo a las exigencias de la igualdad de las partes, sino a la complejidad del asunto (art 50 LAJG).

¹²² *Vid.*, a este respecto, HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa...*, *cit.*, pp. 89 ss.

¹²³ En un colegio como el de Zaragoza que cuenta con aproximadamente 2.500 abogados en ejercicio, 544 están adscritos al turno civil y 541 al turno de familia. En el año 2004 se cursaron 551 solicitudes de abogado de oficio en el turno civil: 551 se resolvieron favorablemente y 198 en sentido desfavorable; en el turno de familia, de las 1.364 solicitudes cursadas, 900 fueron favorables y 464, desfavorables. El número de informes de insostenibilidad de la pretensión ascendió a 32.

¹²⁴ Orden de 3 de junio de 1997.

abogado. El solicitante, por tanto, no puede elegir al abogado, ni siquiera entre los adscritos voluntariamente al servicio. No obstante, el artículo 28 LAJG recoge la posibilidad de que el interesado renuncie a la designación de oficio y nombre uno de su confianza (y simultáneamente a un procurador). En tal caso, el profesional ha de prestar sus servicios gratuitamente, con renuncia expresa a percibir sus honorarios. El solicitante conserva las demás prestaciones reconocidas en el otorgamiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Aunque la Ley (art. 31 LAJG) establece como obligación del abogado y procurador designados la función de asistencia y representación hasta la terminación del proceso *en la instancia de que se trate* y, en su caso, en la ejecución de las sentencias dentro de los dos años siguientes, las normas colegiales incluyen los incidentes, recursos, medidas y provisionales que se insten o incoen en el mismo plazo, si hay coincidencia entre el ámbito territorial del colegio y la sede del tribunal. Al profesional esta intervención se le computa como una actuación distinta de la acreditada en la primera instancia.

Según los datos que recoge el Consejo General de la Abogacía Española ¹²⁵, el número de asuntos turnados de oficio en el orden civil ascendió a 1.842, incluidas las actuaciones de jurisdicción voluntaria y excluidos los recursos. El total de asuntos tomando en consideración todos los órdenes y grados jurisdiccionales fue de 10.025.

Los módulos y bases de compensación económica de los abogados se establecen atendiendo al tipo de proceso y al grado jurisdiccional (Anexo II del RAJG). Así, en el orden civil, corresponden 240 euros si se trata de un juicio ordinario y 150 euros si es verbal (recuérdese que procede el juicio verbal cuando la cuantía no supere los 3.000 euros); 200 euros en el caso de un juicio completo de familia, 60 euros si se trata de unas medidas provisionales, 120 euros si el proceso es de mutuo acuerdo; 200 euros en los procesos de filiación, paternidad y capacidad; 150 euros para los procesos monitorios, cambiarios y de división judicial de patrimonios, así como para las actuaciones de jurisdicción voluntaria; 102 euros para el recurso de apelación y 160 para el de casación, que se reduce a 24 euros cuando sólo se prepara pero no se interpone. En los supuestos de transacciones judiciales corresponde el 75 por 100 de la cuantía aplicable. Cuando se ha emitido un informe motivado de insostenibilidad, la cantidad a percibir es de 30 euros.

¹²⁵ Me refiero a la Memoria Anual de Actividades correspondiente al año 2003. Puede consultarse en www.cgae.es.

B) Inserción gratuita de anuncios o edictos

El artículo 6.4 LAJG se refiere sólo a los que, en el curso del proceso, deban publicarse en periódicos oficiales.

El problema se plantea en aquellos casos en que la norma procesal ordena una publicidad al tiempo que dispone que ésta se lleve a cabo en un medio privado. Así sucede con el llamamiento a los perjudicados en los casos de procesos incoados para la protección de los derechos de los consumidores (art. 15 LEC) o con el anuncio de la declaración de concurso (art. 23.1.II LC). Una interpretación literal llevaría a entender que, aun siendo costas, deben ser soportadas por el litigante que tenga reconocido el derecho a litigar gratuitamente. Una interpretación finalista podría superar esa conclusión.

En todo caso, cuando exista un medio alternativo de dar y garantizar la publicidad, la opción de una de las partes por otro más costoso ha de ser necesariamente de su cuenta. Sin embargo, si es el tribunal el que ordena un determinado tipo de publicidad –aunque sea complementaria a la mínima exigida por la ley–, los gastos que genere serán reputados como costas y, en consecuencia, susceptibles de ser comprendidos en los exonerados a la parte que disfrute de la asistencia jurídica gratuita.

C) Pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos

Como ha habido ocasión de hacer notar en el capítulo anterior, estos gastos no son costas. Se trata del depósito previsto para la interposición del recurso de casación penal (art. 875 LECrim) o de los establecidos para los recursos de suplicación y casación en el orden social (art. 227 LPL). El legislador ha dispuesto que de ellos quede también eximida la parte que tenga reconocido el derecho a litigar gratis.

Esta exención no comprende las consignaciones o depósitos de las cantidades a que haya sido condenado el demandado cuando se exijan como requisito de procedibilidad de los recursos (*vid.* art. 449 LEC). Tampoco quedará exonerado el litigante con asistencia jurídica gratuita de prestar las cauciones que se fijen en materia de medidas cautelares o en caso de oposición a la ejecución provisional¹²⁶. Sin embargo, en el orden social, el artículo 228 LPL dispensa a los beneficiarios de la justicia gratuita de con-

¹²⁶ *Vid.* a este respecto la STC 202/1987, de 17 de diciembre.

signar las cantidades a cuyo pago hubieren sido condenados como requisito para recurrir en suplicación o casación; las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, aunque tienen reconocido legalmente el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberán consignar las cantidades a que hayan resultado condenadas si recurren en suplicación (art. 192.3 LPL).

En el orden penal, la cuestión se plantea respecto de la acción popular, en concreto, si el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita está exonerado de prestar la fianza que se exige para el ejercicio de esa acción. Como sostiene BACHMAIER¹²⁷ «la exigencia de fianza respecto de quien no goza de recursos económicos supondría, de hecho, una denegación del derecho constitucional a ejercer la acción popular». Por ello, debe estimarse que queda exento de constituirla.

D) Asistencia pericial gratuita

La asistencia jurídica gratuita comprende también la exención de los honorarios de los peritos (art. 6.6 LAJG). La pericia será llevado cabo por el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las administraciones públicas. Se garantiza así el acceso del beneficiario de la justicia gratuita a este medio de prueba, aunque, por razones presupuestarias y atendido el carácter público de la prestación¹²⁸, la designación del perito no quede a su libre elección (como sucede, en el proceso civil cuando el dictamen se aporta con el respectivo escrito de alegaciones) ni se haga entre profesionales privados por el sistema de lista corrida establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con carácter excepcional establece la ley la posibilidad de que la asistencia pericial sea llevada a cabo por técnicos privados. Se requiere para ello que no sea posible proceder del modo antes descrito. En estos casos, antes de la realización de la prueba pericial, el técnico privado ha de remitir a la Gerencia territorial correspondiente del Ministerio de Justicia una previsión del coste económico de dicha prueba con indicación del tiempo previsto para su realización y valoración del coste por hora, gastos necesarios para su realización y copia de la resolución judicial que dio

¹²⁷ Cfr. BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., p. 133.

¹²⁸ En este sentido, COLOMER HERNÁNDEZ, *El derecho a la justicia gratuita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 97.

lugar a la realización de la prueba (art. 46 RAJG). La minuta se ajustará a la previsión del coste económico aprobada de ese modo.

Cómo se procede al abono de los honorarios de los peritos privados es cuestión que regula el artículo 45 RAJG. Si la sentencia contiene un pronunciamiento sobre costas favorable al beneficiario de la justicia gratuita, los pagará la parte contraria condenada. Si el titular de la justicia gratuita vence en el proceso y no hay imposición de costas, abonará los honorarios si los beneficios obtenidos en el proceso superan en tres veces la cuantía de las costas causadas en su defensa. Si el titular de la justicia gratuita es condenado en costas, queda obligado al pago de los honorarios si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viene a mejor fortuna; de ello ha de deducirse que el abono será efectuado por el Ministerio de Justicia, el cual, dándose las condiciones antes referidas, podrá dirigirse contra el obligado para exigir el reembolso¹²⁹. En los demás casos, el Ministerio de Justicia correrá a cargo de los gastos ocasionados por la asistencia pericial.

E) Reducción o exención de derechos arancelarios

Las reducciones y exenciones que se establecen en los números 7 a 10 del artículo 6 LAJG hacen referencia a los derechos de notarios y registradores. Se establece la diferencia atendiendo al tipo de actuaciones notariales y registrales que se soliciten. Además, dice la Ley, que en los casos en que se establece la reducción –que es del 80 por 100 de los derechos arancelarios correspondientes– no se aplicará ésta, sino una exención total cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional.

Requiere la Ley, en todo caso, que los documentos guarden relación directa con el proceso y sean requeridos por el juez en el curso de éste o sirvan de fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita. En este último caso, la necesidad de aportar el documento notarial o registral al proceso será valorada por el abogado designado de oficio.

A diferencia de lo que ocurre con otras prestaciones, no se dice que sujeto asumirá el coste generado por éstas. El sistema lo hace descansar, en principio, sobre los propios profesionales.

¹²⁹ Dispone para ello del procedimiento de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación, según establece el artículo 20 RAJG, al que remite el último párrafo del artículo 45 RAJG.

F) Intérpretes y traducciones

Cuando el solicitante de la justicia gratuita esté domiciliado o resida en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España, el derecho de asistencia jurídica gratuita comprenderá, además de las prestaciones ya vistas, los servicios de interpretación, la traducción de los documentos presentados por el beneficiario a instancia del tribunal o de la autoridad competente que sean necesarios para resolver el asunto y los gastos de desplazamiento que corran a cargo del solicitante si es necesaria la comparecencia personal de éste, de un testigo o de un perito (art. 50.1 LAJG).

5. LA INCIDENCIA DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS EN LOS CASOS DE JUSTICIA GRATUITA

La asistencia jurídica gratuita comporta, como ya se ha señalado, exención del deber de pago de las costas, pero no de su reintegro según cuál sea el resultado del proceso.

A) Pronunciamiento favorable al beneficiario de la justicia gratuita

Si el contrario es condenado en costas, a él le corresponde pagar las que correspondan al litigante titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 36.1 LAJG). Por tanto, el abogado y el procurador designados de oficio cobrarán sus honorarios y derechos de la parte condenada, lo que comporta que deban devolver lo percibido de los fondos públicos (art. 36.5 LAJG). Otro tanto cabe decir de los peritos privados que hubieran intervenido a instancia del beneficiario de la justicia gratuita. También los notarios y registradores tendrán derecho a reintegrarse de lo que dejaron de percibir en aplicación de las exenciones o reducciones establecidas por la Ley.

B) Imposición de costas al beneficiario de la justicia gratuita

El litigante con derecho a la asistencia jurídica gratuita que resulte condenado en costas deberá abonar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguien-

tes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna ¹³⁰ (art. 36.2 LAJG). La prescripción de la acción para reclamar ese reintegro queda interrumpida mientras tanto. Si en ese tiempo no viene a mejor fortuna, queda definitivamente exonerado del pago.

Este régimen de costas se predica igualmente de las personas jurídicas que gocen del beneficio por expreso reconocimiento legal. Ciertamente la referencia a la mejor fortuna carece de sentido en tales casos, pues dicho reconocimiento no se hace atendiendo a sus recursos económicos, sino a la función social que llevan a cabo. La STS de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3369) cambia el criterio mantenido en sentencias anteriores ¹³¹: a partir de ella hay que entender que la Tesorería General de la Seguridad Social viene obligada al reintegro de las costas a cuyo pago resulte condenada, atendiendo al principio de igualdad de partes y a lo establecido en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que regula el régimen de la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, de modo que no puede hallarse justificación a la exoneración del pago de las costas a la Tesorería General de la Seguridad Social, en aplicación del artículo 36.2 LAJG. Este precepto, dice la sentencia citada, tiene circunscrito su ámbito de aplicación a las personas a las que se exige la acreditación de la insuficiencia de medios para litigar.

C) Conclusión del proceso con una sentencia favorable al beneficiario de la justicia gratuita sin imposición de costas

En este caso, el beneficiario de la justicia gratuita deberá pagar las costas causadas en su defensa hasta el límite de la tercera parte de lo que haya obtenido en el proceso; si exceden, se reducirán a lo que ascienda dicha tercera parte, atendiéndose a prorrata sus diversas partidas (art. 36.3 LAJG). Debe entenderse por «obtenido» lo percibido efectivamente, de modo que si se produce el impago por el contrario por su situación de insolvencia, el titular de la justicia gratuita no estará obligado al abono que impone este precepto.

¹³⁰ La propia Ley dice qué se entiende por venir a mejor fortuna: cuando sus ingresos y recursos económicos superen el doble del salario mínimo interprofesional o se hubieran alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho.

¹³¹ Este cambio de criterio ya se anunció en el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 10 de marzo de 2005.

El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)*

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Estudio preliminar.*—II. *Traducción del Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones (arts. 1101 a 1386 del Código civil) y del Derecho de la prescripción (arts. 2234 a 2381 del Código civil) con la Presentación general y las exposiciones de motivos. Informe presentado al Ministro de Justicia.*

I. ESTUDIO PRELIMINAR

En el movimiento que se está produciendo en los países de la Unión Europea encaminado a la reforma del Derecho de obligaciones se enmarca el Anteproyecto francés, dirigido a que Francia tenga un Código civil adecuado al momento presente, con influencia en el concierto europeo, ya que actualmente la posición francesa es de inferioridad frente a otros países, como Holanda, Alemania, Québec y Brasil¹. Este Anteproyecto se concibió en el año 2003, viendo la luz el 22 de septiembre de 2005, siendo presentado al Ministro de Justicia, el señor Pascal Clément, por el profesor Catala, acompañado por los profesores Viney y Cornu². No hay

* Agradezco a mi buen amigo, Sergio CÁMARA LAPUENTE, la amabilidad que ha tenido conmigo al enviarme la traducción inglesa del Anteproyecto francés.

¹ CATALA, «Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats», en *La Semaine Juridique-Edition Générale*, núm. 39, I-170, 28 de septiembre de 2005, p. 1739. Entrevista a cargo de Alexandra DECOUX y Caroline SORDET.

² CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

que olvidar el gran papel que ha desempeñado en su génesis y culminación la Asociación Capitant, cuya intervención permitió promoverlo en la Cancillería³. El Anteproyecto tiene su origen en la preocupación de un grupo de civilistas universitarios (treinta y seis en total), concedores del importante movimiento europeo dirigido a la modernización del Derecho de obligaciones. Se trata sobre todo de confrontar el Derecho francés con los *Principios europeos de Derecho de los contratos* elaborados por la Comisión Lando⁴. Por ello estos civilistas, seguramente los que tienen una mayor autoridad científica en Francia en el ámbito del Derecho de obligaciones, se reunieron en el año 2003 para reflexionar sobre si era conveniente que el Derecho de obligaciones francés estuviera en total convergencia con dichos Principios, o si no lo era, porque podía contravenir excesivamente a la tradición nacional. Además, se tuvo en cuenta, a la hora de elaborar el Anteproyecto, que el Derecho contractual está proliferando fuera del Derecho civil. Se trata de un fenómeno de externalización de la materia. Se han producido importantes innovaciones jurídicas que, como señala Catala⁵, convenía insertar en el Derecho común de los contratos. Por ello, se considera necesario devolver al Código civil su papel de Derecho común de los contratos, porque en él se encuentra su sede natural.

El Anteproyecto ha sido presentado a la comunidad por el Ministro de Justicia para su valoración. Una vez que se concluya la consulta pública, pasará al Consejo de Estado y al Consejo de Ministros, y será presentado al Parlamento. Esto se realizará, tal como anunció el Presidente de la República en su discurso, con ocasión de las ceremonias del bicentenario del Código de Napoleón, en el plazo de cinco años si sigue existiendo voluntad política⁶. Está siendo en la actualidad objeto de una viva contro-

³ CATALA, *op. cit.*, p. 1741.

⁴ Llama la atención que en la Presentación general del Anteproyecto y en las diversas exposiciones de motivos no se aluda a los *Principios europeos de Derecho de daños*, que ya han sido publicados en la obra *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, 2005, con una excelente traducción al español y al catalán por MARTÍN CASALS y RUDA, y sobre los que una Comisión que dirigió VON BAR y ahora KOZIOL y de la que forma parte el profesor MARTÍN CASALS, trabaja desde hace más de una década, cuando en el Anteproyecto se regula con amplitud la responsabilidad civil. Existe una gran similitud en cuanto al método entre los *Principios europeos de Derecho de los contratos* y los *Principios europeos sobre Derecho de daños*, conciliándose en ambos la regulación de *common law* y *civil law* (TRILLO GARCÍA, reseña a los *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, 2005, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 215). No obstante, hay que subrayar que forma parte de la Comisión un representante francés, Olivier MORÉTEAU, siendo además uno de los pocos miembros de la misma que ha intervenido en la redacción final de los *Principios*, europeos sobre Derechos de daños.

⁵ CATALA, *op. cit.*, p. 1739.

⁶ CATALA, *op. cit.*, p. 1741.

versia, no sólo en Francia, sino más allá de sus fronteras. Hay que tener en cuenta que en los países de la Unión Europea y en las propias instituciones comunitarias se debate la reforma del Derecho de obligaciones, habiéndose producido ya en algunos países de la misma, como Holanda y Alemania, según dijimos anteriormente. En España también se estudia por numerosos civilistas esta importante cuestión, siendo cada vez más creciente el número de congresos, reuniones y estudios científicos que versan sobre ella⁷. Es indudable que lo que acontezca en Francia repercutirá en el seno de la Unión Europea y en otros países, especialmente en Latinoamérica, y por tanto, es imprescindible conocer adecuadamente el Anteproyecto.

El Anteproyecto francés es objeto de alabanzas y críticas, por regular el tema que más interés suscita en el panorama del Derecho privado europeo, que cuenta con fervientes partidarios, por considerarlo muy útil para el buen funcionamiento del mercado interior en la Unión Europea, aunque también hay autores que ponen en cuestión dicha uniformidad, alegando que es necesario respetar la tradición jurídica nacional.

En el Anteproyecto aparece un texto articulado que supera los trescientos artículos, donde figura el régimen del contrato y de las obligaciones convencionales, la prueba de las obligaciones, los cuasicontratos, la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, y la prescripción. Aparecen numerosas exposiciones de motivos, realizadas por los que han participado de manera activa en su elaboración, las cuales son esenciales para entender el sentido de la reforma proyectada.

En Francia se valora extraordinariamente al Código civil de 1804, el denominado Código de Napoleón, considerando por esto que sólo es acertado renovarlo, pero no destruirlo. El objetivo no es otro que modernizarlo. Se piensa que muchas de las soluciones del Código de Napoleón conservan su valor después de dos siglos de aplicación. Por ello el Anteproyecto no propone una ruptura, sino un ajuste. Se pretende la modernización del Código civil en su parte más dinámica, sin implicar una quiebra, porque se considera que hay que mantener su estructura y forma, habiéndose decidido seguir el actual plan del Código civil, de tal manera que, como señala Catala⁸, la lógica actual es conservada, y lo que es

⁷ Amplia información en la *Crónica de Derecho privado europeo*, a cargo de MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, que se publica periódicamente en el *Anuario de Derecho Civil*.

⁸ CATALA, *op. cit.*, p. 1739.

más importante, en lo sustancial los principios que informan al Código civil.

Sin embargo, el Anteproyecto no se limita a llevar a cabo una codificación del Derecho existente. Se va más lejos. No siempre se sigue a la jurisprudencia, aunque la misma se tiene en cuenta a lo largo de todo él. Como pone de relieve Catala⁹, el Anteproyecto no podía realizarse sin la incorporación a la ley de los principios jurisprudenciales establecidos. En efecto, la estabilidad de los Títulos III y IV se explica en gran parte por la labor interpretativa del Tribunal de Casación. Abundan las ilustraciones. Las normas actualmente disponibles han sido elaboradas por casi dos siglos de jurisprudencia en este ámbito. Claramente se aprecia la obra de la jurisprudencia en el conjunto de este Anteproyecto.

El Anteproyecto trata de establecer un justo reparto entre el espíritu de los siglos y las necesidades del tiempo presente, como observa Catala en la Presentación general del mismo. Se desea conseguir esta combinación, no pareciendo que el resultado alcanzado coincida con los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando. Existen convergencias en importantes materias, como la formación del contrato, los vicios del consentimiento, la representación y sobre todo la prescripción. Pero en otras materias las soluciones de los *Principios europeos* suscitan reservas¹⁰. Las divergencias son mucho más abundantes y notorias que las convergencias. Hasta tal punto que puede decirse que no son los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando, ni los *Principios de Unidroit*, ni los *Principios europeos sobre Derecho de daños*, ni el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos* las principales fuentes inspiradoras del Anteproyecto, como tampoco la *Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, el Derecho anglosajón o los Códigos civiles de Holanda y Alemania, sino la tradición nacional, acogiéndose fundamentalmente las construcciones doctrinales y jurisprudenciales francesas que se han elaborado en los dos últimos siglos.

Con el Anteproyecto no se busca innovar por sistema el Derecho de obligaciones. Se trata más bien de colmar las numerosas lagunas existentes en el Código civil con las soluciones establecidas por la doctrina y la jurisprudencia francesas. También se ha querido adoptar soluciones sobre cuestiones a propósito de las cuales la jurisprudencia está dividida o es criticada por la doctrina. Se suprimen las disposiciones que se consideran caducas o inoportu-

⁹ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

¹⁰ *Idem.*

nas. Además se introducen nuevas disposiciones cuando se considera necesario adecuar el Derecho de obligaciones a las exigencias de la realidad contemporánea. Las lagunas se colman con soluciones adecuadas a la realidad de nuestro tiempo, lo cual se manifiesta especialmente en el contexto económico. Como observa Catala ¹¹, el Derecho civil es hoy en día, más que nunca, el corazón de la vida de los negocios, de tal manera que el capítulo destinado en el Anteproyecto a la reforma de las operaciones sobre créditos constituye una adaptación al contexto económico. Un Código civil modernizado debe establecer para el comercio de los créditos un régimen jurídico homogéneo. Por primera vez, son agrupadas la cesión de créditos, la subrogación, la novación y la delegación, operaciones que, desde una perspectiva económica, tienen vínculos estrechos. El crédito debe ser considerado como un elemento activo, llamado a circular o a constituir el fundamento de las nuevas relaciones obligatorias. No hay que subestimar el considerable impacto que tendrá la reforma del Derecho de obligaciones sobre la economía, aunque la reforma del Derecho de las garantías puede producir efectos más inmediatos en este ámbito.

No es un objetivo del Anteproyecto la protección del consumidor. Como señala Catala en la Presentación general, incumbe a otras leyes la protección específica del mismo. Por eso el Código civil se dirige de manera indiferenciada a todo ciudadano, lo cual está presente en el Anteproyecto.

Resulta muy llamativo, sin embargo, que en una institución tan importante como la prescripción, que reclama una reforma urgente del Código civil, por las duraciones excesivas, la multiplicidad de los plazos y las incoherencias de su régimen, se haya seguido en el Anteproyecto un método muy diferente al adoptado para reformar el Derecho de obligaciones, núcleo central del mismo.

Las normas del Anteproyecto están inspiradas en los nuevos preceptos que reforman al Código civil alemán y en las propuestas enunciadas por los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión Lando y los *Principios de Unidroit*. Un excelente civilista francés, como es Malaurie, pone de relieve maravillosamente en la exposición de motivos del Anteproyecto sobre la prescripción las numerosas ventajas de este método de reforma legislativa, en relación con el que se ha acogido para reformar el Derecho de obligaciones: traduce el nuevo espíritu de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo, que se concreta no solo en una tendencia a una

¹¹ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

cierta unificación, sino sobre todo cada vez más unida a la rapidez de las operaciones contractuales.

Malaurie se aparta claramente de los criterios adoptados en el Anteproyecto para reformar el Derecho de obligaciones, lo cual, sin embargo, no pone en cuestión la coherencia del mismo. Esto hubiera sucedido si otros autores del Anteproyecto hubiesen seguido el método adoptado por Malaurie, en contraste con los restantes, a la hora de afrontar la regulación de las obligaciones convencionales, el contrato y la responsabilidad civil. En todo caso, la postura de Malaurie plantea la cuestión de si no hubiera sido útil seguir a lo largo de todo el Anteproyecto el criterio que se ha acogido para disciplinar la prescripción, si es cierto que presenta las ventajas apuntadas por él. Tal vez lo ideal hubiera sido acoger las propuestas imperantes en el panorama europeo para reformar el Derecho de obligaciones, teniendo en cuenta sus principios estructurales, sin olvidar la tradición nacional francesa, en la medida que sea compatible con los mismos. Lo que resulta discutible es que prime de manera casi absoluta la tradición nacional francesa sobre los *Principios de Derecho europeo de los contratos*, los *Principios de Unidroit*, los *Principios de Derecho de daños* y el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos*, sin tener en cuenta la *Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*. Este es el aspecto más cuestionable del Anteproyecto. No obstante, hay que subrayar que se han incorporado al mismo, con rigor y claridad, como apuntamos anteriormente, las principales construcciones de la doctrina y la jurisprudencia francesas, como la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios, el precontrato, la estipulación por otro, la resolución unilateral, la responsabilidad por actividades peligrosas y otras muchas. Uno recuerda la famosa obra de Capitant¹² al aludir a las grandes construcciones del Tribunal de Casación francés, perfectamente reflejadas en el Anteproyecto.

Otra cosa es que el Anteproyecto francés pueda ser el modelo que haya que seguir para reformar el Derecho de obligaciones en los países de la Unión Europea, como lo fue en el siglo XIX el Código de Napoleón a nivel universal.

Se plantea la posible exportación a toda Europa del Anteproyecto. En este sentido, Catala¹³ señala que el Anteproyecto quiere dar al Código civil una proyección internacional. El texto va a ser traducido a varios idiomas: inglés, alemán, español, italiano, árabe

¹² CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8.ª ed., por WEILL, TERRÉ y LEQUETTE, París, 1994.

¹³ CATALA, *op. cit.*, pp. 1740-1741.

y japonés. Facultades de Derecho extranjeras han aceptado asumir esta tarea de manera gratuita. Además, se realizarán coloquios en Francia y en el extranjero. Es indiscutible que en los distintos países donde todavía no se ha reformado el Código civil en materia de obligaciones, la reforma francesa ha de ser tenida en cuenta por presentar aspectos positivos. Sin embargo, se trata de una reforma que se inspira casi totalmente en la tradición nacional francesa, como hemos apuntado, lo que determina que sea problemático que pueda ser la base de la reforma del Derecho de obligaciones en los países que integran la Unión Europea, como lo fue en la época de la codificación el Código de Napoleón. Tal vez por ello en la actualidad se observan profundas discrepancias entre el Anteproyecto francés y las reformas del Derecho de obligaciones operadas en el Código civil holandés y el Código civil alemán.

A la hora de enjuiciar el Anteproyecto es fundamental determinar si el mismo está en armonía con el Derecho comunitario europeo.

En el Derecho comunitario europeo se propugna la armonización legislativa del Derecho contractual, tal como evidencia Arroyo i Amayuelas¹⁴, que expone el proceso seguido en este ámbito.

Como observa Catala¹⁵, el Derecho comunitario tiende a penetrar ahora en los ámbitos más tradicionales del Derecho privado. Son conocidas las tres Resoluciones del Parlamento europeo de 1989, 1994 y 2001 sugiriendo la necesidad de la codificación del Derecho privado. También lo es la conclusión del Consejo de Europa de Tempere, en 1999, según la cual debía realizarse un estudio global sobre la posibilidad de aproximar las legislaciones en materia civil. Y no menos comentada ha sido la consulta de la Comisión europea de 11 de julio de 2001, acerca de cuál debía ser la mejor estrategia a seguir en el desarrollo del Derecho contractual europeo. En su respuesta, el Parlamento europeo, en la ya citada Resolución de 2001, tras alabar los fines prácticos y económicos de la armonización, dirigió una petición a la Comisión para que, tras una profunda consulta científica, elaborase un Plan de Acción en el proceso de armonización del Derecho civil y del mercantil de los Estados miembros. Abogaba también por la creación de un cuerpo uniforme de normas de Derecho patrimonial que fuera más allá del Derecho contractual. El Consejo de Europa reconoció la bondad de tal planteamiento. Tiempo después, en el año 2001, el Consejo Económico y Social publicó su Dictamen. Se trata de un texto muy

¹⁴ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil (Derecho sustantivo): un balance que tiene como protagonista al Derecho contractual» en *Crónica de Derecho privado europeo*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2005-I, pp. 213 ss.

¹⁵ CATALA, *op. cit.*, p. 1740.

detallado, cuyos aspectos innovadores, en relación con los planteamientos de la Comisión, son, de un lado, la necesidad de contar con la situación jurídica de los países próximos a adherirse a la Unión Europea y, por otro, el respeto tanto a la tradición jurídica nacional como al orden público económico europeo.

Teniendo en cuenta todos estos informes y resoluciones, el Plan de Acción sugerido por el Parlamento europeo fue efectivamente llevado a cabo por la Comisión europea, con fecha 12 de febrero de 2003. En él se propuso la adopción de tres medidas: aumentar la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, para lo cual se debía elaborar un «marco común de referencia» que estableciera una terminología uniforme, una adaptación de las normas al contexto actual y un contenido homogéneo; la elaboración de cláusulas tipo contractuales a nivel comunitario para evitar costes de negociación y facilitar el conocimiento del Derecho aplicable a la relación contractual y la creación de un instrumento opcional que contuviera reglas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior¹⁶.

Se aborda en el Plan la mejor manera de actuar. Se pretende reformar la actual legislación y, si es posible, elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual. Otro aspecto del mismo tiene que ver con la idea de que aún no es posible la promulgación inmediata de un Código uniforme en todos los Estados. No obstante, se propone la elaboración de un instrumento que contenga normas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior al que, definitivamente, se aspira.

Con fecha 10 de octubre de 2003, la Resolución del Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente aprobó sin reservas el Plan de Acción de la Comisión europea, propugnando la creación del «marco común de referencia», que, amén de respetar el principio de subsidiariedad, también debería respetar las culturas jurídicas de los Estados miembros¹⁷.

No está claro cómo ha de elaborarse el «marco común de referencia». No se especifica si éste debe tomar como base la legislación comunitaria, opción que justificaría la existencia del Grupo *Acquis Communautaire*¹⁸, o bien si también se deben considerar

¹⁶ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea» en *Crónica de Derecho privado europeo*, coordinada por MORALES Y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 268.

ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 216.

¹⁷ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

¹⁸ Este grupo centra su campo de estudio en la legislación y jurisprudencia comunitarias, con el objeto de elaborar unos principios coherentes a partir del Derecho comunitario

otras propuestas. Como apunta Arroyo i Amayuelas¹⁹, la insistencia con la que todos los documentos referidos aluden al respeto a la tradición jurídica nacional de los Estados miembros hace pensar en esto último. Y, por lo tanto, se supone que también deberán ser tenidas en cuenta las propuestas del *sof law*, sobre todo, los *Principios* de la Comisión Lando, los *Principios europeos sobre Derecho de daños* y los *Principios de Unidroit*, aunque no siempre éstos y la legislación comunitaria parten de las mismas premisas.

El 11 de octubre de 2004, la Comisión Europea emitió una nueva comunicación (*Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre*), en la que plantea en concreto las medidas que permitirán hacer realidad las propuestas evaluadas. De momento, avisa que no se pretende proponer un Código civil europeo que armonice los Derechos existentes en los Estados miembros y estima necesario continuar contemplando la posibilidad de un instrumento que tenga carácter opcional, cuya elaboración correría paralela a la mejora del *acquis communautaire* y la realización del «marco común de referencia», cuyo plan de desarrollo explica y cuya adopción está prevista para el año 2009²⁰.

El 23 de septiembre de 2005, la Comisión europea hizo público el primer informe anual sobre los trabajos que se vienen realizando en relación con la revisión del acervo comunitario y en el que se aunan las pautas de trabajo futuras.

En el informe se explica cómo se ha procedido a la creación de la red del marco común de referencia, su funcionamiento y las prioridades para el futuro²¹. Dentro del 6.º Programa Marco de la Unión Europea y mediante un contrato firmado con la Comisión europea, se ha creado, en mayo de 2005, la red de excelencia *Common Principles of European Contract Law*, coordinada por Schulte-Nolke. En esta red de redes cooperan varias Universidades, instituciones y otras organiza-

en vigor (los denominados *Acquis-Principles*) a fin de elaborar el «marco común de referencia» de que habla la Comisión europea en su Plan de Acción. Por tanto, no parte de la comparación entre los diversos sistemas nacionales, como hace, por ejemplo, la Comisión dirigida por LANDO para el establecimiento de los *Principios europeos de Derecho de los contratos*, sino del acervo comunitario existente. El Grupo ha publicado de acuerdo con este método una importante monografía, titulada *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, bajo la dirección de SCHULTZE, EBERS y GRIGOLEIT (recensión por CÁMARA LAPUENTE en el *Anuario de Derecho Civil*, 2004, pp. 229-241). Sobre los aspectos más destacados del Grupo *Acquis*, PASA, «Nuevos proyectos y grupos de investigación», en *Crónica de Derecho privado europeo*, dirigida por MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1309-1310.

¹⁹ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

²⁰ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 217.

²¹ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de contratos en la Unión Europea», *cit.*, pp. 268-269.

ciones, así como más de ciento cincuenta investigadores de casi todos los Estados miembros y juristas concedores de la práctica (representantes de asociaciones de consumidores, jueces y abogados). La red trabaja en la realización de un Proyecto sobre el «marco común de referencia». Esto incluye el Derecho de los contratos, pero también materias relevantes para el mercado, como las garantías o la responsabilidad extracontractual²².

La Comisión europea considera imprescindible la coherencia entre el Derecho general de los contratos y las regulaciones específicas sectoriales.

Desde marzo de 2005 se han celebrado los talleres siguientes: contratos de arrendamiento de servicios; franquicias, agencias y distribución; derechos de garantías personales; gestión de negocios ajenos; enriquecimiento injusto; noción y funciones del contrato; y noción de consumidor y profesional.

También se considera necesario la búsqueda de una terminología uniforme. En este sentido destaca el Proyecto *Syllabus*, con los trabajos dirigidos por Ajani en el marco del V Programa Marco IHP, financiado por la Comisión europea, habiéndose publicado una obra tan importante como la de Ajani y Ebers (editores), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, 2005, con recensión de Fernández Gregoraci en el *Anuario de Derecho Civil* (2006, pp. 809-812).

La Comisión europea emitirá una serie de recomendaciones sobre la racionalización y la simplificación del acervo contractual, a fin de eliminar las incoherencias, solapamientos, barreras del mercado interior y distorsiones de la competencia que pudieran existir²³.

Se ha celebrado en Londres un Congreso sobre el Derecho europeo de contratos, organizado el 26 de septiembre de 2006, por la Presidencia británica y la Comisión europea. El evento ha supuesto el encuentro inaugural del Fórum europeo de discusión previsto en la Comunicación de 2004, que ha permitido agrupar a los expertos de la red marco común de referencia y la red de expertos de los Estados miembros, Ministros, *senior officials* y miembros del Parlamento europeo. Se pusieron de relieve los temas principales del «marco común de referencia» y la revisión del *acquis* en materia contractual a lo largo del primer año de trabajo²⁴. Se aboga porque no se limite

²² ARROYO I AMAYUELAS, «Nuevos proyectos y grupos de investigación», en *Crónica de Derecho privado europeo*, coordinada por MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 334-335.

²³ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea», *cit.*, p. 269.

²⁴ ARROYO I AMAYUELAS, «El Derecho de los contratos en la Unión Europea», *cit.*, pp. 270-271.

el contenido del «marco común de referencia» al estricto Derecho contractual. A esta conclusión han llegado Von Bar y Drogmig²⁵ y los autores que investigan bajo su dirección, teniendo en cuenta el encargo que, tras una solicitud pública, les hizo la Comisión europea el 21 de enero de 2003 para realizar un Estudio relativo a los derechos reales y al Derecho de la responsabilidad extracontractual en su relación con el Derecho contractual. Propugnan la interacción entre el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de cosas y el Derecho de daños, con la consiguiente armonización conjunta de todas estas materias de Derecho privado. La idea central consiste en que no resulta técnica ni económicamente acertado legislar sobre el Derecho contractual si no se abordan asimismo el Derecho de cosas y el Derecho de daños. Esta conclusión se refuerza con el aserto de que un tratamiento aislado de estos campos puede perjudicar al correcto funcionamiento del mercado interior, lo cual se debería tener en cuenta a la hora de definir el ámbito del «marco común de referencia» y del «instrumento facultativo» anunciados por la Comisión europea en su Plan de Acción.

Se puede pensar que el Anteproyecto francés, con excepción de la regulación de la prescripción, está en contra de la posición del Derecho comunitario europeo y en general, del proceso de uniformidad del Derecho privado europeo, que se considera esencial para mantener el correcto funcionamiento del mercado interior, con un elevado nivel de protección de los consumidores, que son los elementos básicos sobre los que hasta ahora se ha hecho pivotar el desarrollo del Derecho privado de la Unión Europea²⁶. Con la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de daños se trata, no sólo de proteger al consumidor, sino de facilitar el mercado interior, tanto por la supresión de la diversidad legislativa, como subraya Vattier²⁷, como por el carácter sectorial e impreciso del Derecho comunitario, que se acentúa por una transposición normalmente deficiente.

Uno de los objetivos esenciales que se propugna en el Derecho comunitario es la elaboración de unos principios generalizables a todo el ámbito contractual. Para ello se considera conveniente que se tengan en cuenta los *Principios europeos de Derecho de los con-*

²⁵ VON BAR y DROGMIG (dir.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europa. Comparative Study*, München, 2004, con recensión de CÁMARA LAPUENTE en el *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 279-288.

²⁶ ARROYO I AMAYUELAS, «El proceso de armonización legislativa en materia civil...», *cit.*, p. 218; VATTIER, recensión a la monografía de GARCÍA CANTERO (coordinador), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 822.

²⁷ VATTIER, *op. cit.*, p. 822.

tratos de la Comisión Lando, los *Principios de Unidroit*, los *Principios europeos de Derecho de daños*, el *Proyecto de Código europeo de los contratos de Pavia*, el *Proyecto de Código civil europeo de Von Bar*, los trabajos del Grupo *Acquis communautaire* y el *Proyecto Syllabus*, entre otros.

Sin embargo, se afirma por los impulsores del Anteproyecto francés, que no está en contra del Derecho comunitario europeo, ya que todos los documentos comunitarios referentes al Derecho privado europeo aluden al respeto a la tradición jurídica nacional de los Estados miembros, y por tanto, a la tradición jurídica francesa, que se invoca reiteradamente en la Presentación general del Anteproyecto por Catala y los autores del mismo.

El «marco común de referencia» debe respetar las culturas jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Como hemos apuntado, uno de los elementos básicos sobre los que hasta ahora se ha hecho pivotar el desarrollo del Derecho privado de la Unión Europea es la protección del consumidor. El Anteproyecto francés no sigue este criterio, debido a que no se hace en él ninguna referencia a la protección del consumidor, considerándose que la tutela de éste ha de estar al margen del Código civil. Se ha de producir por las leyes especiales que le protegen de manera específica. En cambio, en Alemania se ha seguido otro criterio, incorporándose al Código civil la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en el marco de la contratación por medio de condiciones generales. El ejemplo alemán se propone en otros países, como Portugal o Austria. Nada se opone a que la normativa sobre condiciones generales de la contratación, con referencia tanto al control de inclusión como al de contenido, se incorpore al Código civil, porque es una materia esencial para comprender el Derecho contractual hoy en día.

Para el buen funcionamiento del mercado interior, también es conveniente que exista en la Unión Europea coherencia entre el Derecho general de las obligaciones y los contratos, el Derecho de daños y las regulaciones específicas sectoriales. La contratación transfronteriza aconseja la uniformidad, al menos con respecto a una serie de principios generalizables a todo el ámbito contractual y extracontractual, que constituirán el denominado «marco común de referencia», el cual necesariamente habrá de tenerse en cuenta en todos los países de la Unión Europea, con independencia de cual sea su tradición jurídica nacional. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, método indispensable para legislar adecuadamente, esta conclusión es difícilmente rebatible, ya que se evitan costes al facilitarse la contratación transfronteriza y

lógicamente la protección del consumidor en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, no va a ser fácil establecer el «marco común de referencia» por todo lo apuntado, aunque necesariamente las instituciones comunitarias lo tienen que hacer, con el acuerdo de todos los Estados miembros, teniendo que desempeñar en esta difícil labor un papel fundamental Francia, por ser una de las grandes impulsoras de la Unión Europea.

El debate está servido. Las consideraciones expuestas en este Estudio preliminar y sobre todo la lectura de los numerosos preceptos que aparecen en el Anteproyecto francés y de las exposiciones de motivos que figuran en el mismo, permitirán al lector formarse un adecuado juicio en torno a él, y considerar si constituye el modelo a seguir, al menos en cuanto al método, lo cual es importante en nuestro país, donde bastantes autores trabajan con ilusión y rigor en torno a la deseable uniformidad, en cuanto a los principios, del Derecho privado europeo, empezando por la más importante, que es la relativa al Derecho de obligaciones y al Derecho de daños, núcleo esencial del Derecho patrimonial²⁸. Por citar la contribución más reciente, aunque no se refiera al Derecho de obligaciones, Martín Casals y Ribot han editado un libro en el que aparecen los estudios presentados en la Conferencia Regional de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia²⁹. Nuestra posición es clara. Consideramos que lo más conveniente hubiera sido que se hubiese seguido al elaborar el Anteproyecto francés el método adoptado por Malaurie, que, como afirma, tiene en cuenta el nuevo espíritu de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo, sin desconocer, como es lógico, la tradición nacional.

²⁸ Destacan los comentarios de Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES a los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la Comisión LANDO, con traducción al español, Madrid, 2002; VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*, Valencia, 2005; CÁMARA LAPUENTE (coordinador), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; VAQUER y ESPIAU, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, 2003; VATTIER, DE LA CUESTA y CABALLERO (eds), *Código europeo de los contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, 2 vols, Madrid, 2003; GARCÍA CANTERO (coordinador), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005; SCHULZE, ZIMMERMANN y ARROYO I AMAYUELAS, *Textos Básicos de Derecho privado europeo*, Barcelona-Madrid, 2002; ARROYO I AMAYUELAS, BENACCHI, PASA y VIÑAS, *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 2005; MORALES y ARROYO I AMAYUELAS, *Crónica de Derecho privado europeo*, que se publica periódicamente en el *Anuario de Derecho Civil*. También tiene un notable interés el proyecto de investigación «Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones», dirigido por MORALES, con una subvención del Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación), que ha generado la publicación de excelentes estudios monográficos por integrantes del grupo investigador (MORALES, SAN MIGUEL PRADERA, FERNÁNDEZ GREGORACI...).

²⁹ MARTÍN CASALS y RIBOT, *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe. Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, Girona, 2006, 321 pp.

II. TRADUCCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES (ARTS. 1101 A 1386 DEL CÓDIGO CIVIL) Y DEL DERECHO DE LA PRESCRIPCIÓN (ARTS. 2234 A 2281 DEL CÓDIGO CIVIL) CON LA PRESENTACIÓN GENERAL Y LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS. INFORME PRESENTADO AL MINISTRO DE JUSTICIA

SUMARIO: I. *Personas que han participado en la preparación del Anteproyecto.*—II. *Presentación general del Anteproyecto por Pierre Catala:* **Introducción** por Gérard Cornu. **Exposición de motivos:** Fuente de las obligaciones. Definiciones (arts. 1101 a 1103) por Gérard Cornu. Formación del contrato (arts. 1104 a 1107) por Philippe Delebecque, Denis Mazeaud. Validez del contrato. Consentimiento (arts. 1108 a 115.1) por Yves Lequette, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. Validez. Capacidad y poder (arts. 1116 a 1120.2) por Jean Hauser, Guillaume Wicker. Validez. Objeto (arts. 1121 a 1123) por Jérôme Huet, Rémy Cabrillac. Validez. Causa (arts. 1124 a 1126.1) por Jacques Ghestin. Validez. Forma (arts. 1127 a 1128.2) por Pierre Catala. Sanciones (arts. 1129 a 1133) por Philippe Simler. Efecto de las convenciones. Interpretación. Calificación (arts. 1134 a 1143) por Alain Gozzi. Diversas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151) por Didier R. Martín. Ejecución de las obligaciones (arts. 1152 a 1156.2) por Laurent Leveneur, Hervé Lécuyer. Inejecución de las obligaciones (arts. 1157 a 1160.1) por Judith Rochfeld. Restituciones después de la terminación del contrato (arts. 1161 a 1164.7) por Yves-Marie Serinet. Efecto de las convenciones frente a terceros (arts. 1165 a 1172.3) por Jean-Luc Aubert. Obligaciones condicionales, a término, alternativas y facultativas (arts. 1173 a 1196) por Jean-Jacque Taisne. Obligaciones solidarias e indivisibles (arts. 1197 a 1217) por Pierre Catala. Extinción de las obligaciones (arts. 1218 a 1250) por Jérôme François, Rémy Libchaber. De la consignación con ofrecimiento de pago (arts. 1233 a 1236) por Philippe Théry. Operaciones sobre créditos (arts. 1251 a 1282) por Hervé Synvet. Prueba de las obligaciones (arts. 1283 a 1326.2) por Philippe Stoffel-Munck. Cuasicontratos (arts. 1327 a 1329) por Gérard Cornu. *Libro tercero. Título III. De las obligaciones:* Capítulo preliminar. De la fuente de las obligaciones (arts. 1101 a 1101.2). Subtítulo I. Del contrato y de las obligaciones convencionales en general. (arts. 1102 a 1326.2). Capítulo I. Disposiciones generales: Sección 1. Definiciones (arts. 1102 a 1103). Sección 2. De la formación del contrato (arts. 1104 a 1107). Capítulo II. De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones: Sección I. Del consentimiento (arts. 1109 a 1115.1): Subsección 1: De la existencia del consentimiento. Subsección 2: De la calidad del consentimiento: § 1. De la integridad del consentimiento. § 2. De los vicios del consentimiento. Sección 2. De la capacidad de las partes contratantes y del poder de actuar en nombre de otro (arts. 1116 a 1120.2): § 1. De la capacidad de goce. § 2. De la capacidad de ejercicio. § 3. Del poder de actuar en nombre de otro. Sección 3. Del objeto (arts. 1121 a 1122.3). Sección 4. De la causa (arts. 1124 a 1126.1). Sección 5. De la forma (arts. 1127 a 1128.2): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la

forma de los contratos electrónicos. Sección 6. De las sanciones (arts. 1129 a 1133): § 1. De la nulidad. § 2. De la caducidad. § 3. De la inoponibilidad. § 4. De la regularización. Capítulo III. Del efecto de las convenciones: Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1134 y 1135). Sección 2. De la interpretación y de la calificación (arts. 1136 a 1143): § 1. De la interpretación. § 2. De la calificación. Sección 3. De las diversas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151). Sección 4. De la ejecución de las obligaciones (arts. 1152 a 1156.2): § 1. De la obligación de dar. § 2. De la obligación de hacer o de no hacer. § 3. De la obligación de dar en uso. Sección 5. De la inexecución de las obligaciones y de la resolución del contrato (arts. 1157 a 1160.1). Sección 6. De las restituciones después de la terminación del contrato (arts. 1161 a 1164.7): § 1. Principios. § 2. Modalidades de la restitución. § 3. Reglamentos complementarios. Sección 6. Del efecto de las convenciones frente a los terceros (arts. 1161 a 1172.3): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la sustitución del contratante y de la transferencia del contrato. § 3. De las acciones abiertas a los acreedores. § 4. Del garante y de la estipulación por otro. § 5. Del efecto de los contratos interdependientes. Capítulo IV. De las modalidades de la obligación: Sección 1. De las obligaciones condicionales (arts. 1173 a 1184.1): § 1. De la condición en general. § 2. De la condición suspensiva. § 3. De la condición resolutoria. § 4. De la condición extintiva. Sección 2. De las obligaciones a término (arts. 1185 a 1188): § 1. Del término en general. § 2. Del término suspensivo. § 3. Del término extintivo. Sección 3. De las obligaciones alternativas y facultativas (arts. 1189 a 1196): § 1. De las obligaciones alternativas. § 2. De las obligaciones facultativas. Sección 4. De las obligaciones solidarias (arts. 1197 a 1212): § 1. De la solidaridad de acreedores. § 2. De la solidaridad de parte de los deudores. Sección 5. De las obligaciones indivisibles (arts. 1213 a 1217). Capítulo V. De la extinción de las obligaciones. Sección I. Del pago (arts. 1219 a 1236): § 1. Disposiciones generales. § 2. De la imputación de pagos. § 3. De la prueba del pago. § 4. De la consignación con ofrecimiento de pago y mora. Sección 2. De la condonación (arts. 1237 a 1239.1). Sección 3. De la compensación (arts. 1240 a 1247): § 1. De la compensación en general. § 2. De la compensación de deudas conexas. Sección 4. De la confusión (arts. 1249 y 1250). Capítulo VI. De las operaciones sobre crédito: Sección 1. De la cesión de crédito (arts. 1251 a 1257.1). Sección 2. De la subrogación personal (arts. 1258 a 1264.2). Sección 3. De la novación (arts. 1265 a 1274). Sección 4. De la delegación (arts. 1275 a 1282). Capítulo VII. De la prueba de las obligaciones: Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1283 a 1290). Sección 2. De las formas de la prueba por escrito de los actos jurídicos (arts. 1291 a 1305): § 1. Del título auténtico. § 2. Del acto en documento privado. § 3. De las copias de títulos y actos reconocitivos. Sección 3. De la exigencia de una prueba por escrito y de la prueba testimonial de los actos jurídicos (arts. 1306 a 1313). Sección 4. Normas particulares sobre las presunciones, la confesión y el juramento (arts. 1314 a 1326.2): § 1. De las presunciones. § 2. De la confesión. § 3. Del juramento. Subtítulo II. De los cuasicontratos (arts. 1327 a 1339). Capítulo I. De la gestión de negocios (o: de la gestión sin título del negocio de otro). Capítulo II. Del pago de lo indebido. Capítulo III. Del enriquecimiento sin causa. Subtítulo III. De la responsabilidad civil (arts. 1340 a 1386). **Exposición de motivos.** Capítulo I. Disposi-

ciones preliminares. Capítulo II. De las condiciones de la responsabilidad: Sección 1. Disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual: § 1. El perjuicio reparable. § 2. El nexo de causalidad. § 3. Las causas de exoneración. Sección 2. Disposiciones propias de la responsabilidad extracontractual: § 1. El hecho personal. § 2. El hecho de las cosas. § 3. El hecho de otro. § 4. Las perturbaciones de vecindad. § 5. Las actividades peligrosas. Sección 3. Disposiciones propias de la responsabilidad contractual. Capítulo III: De los efectos de la responsabilidad: Sección 1. Principios: § 1. La reparación en especie. § 2. La indemnización de daños y perjuicios. § 3. Incidencia de la pluralidad de responsables. Sección 2. Normas particulares sobre la reparación de algunas categorías de daños: § 1. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un ataque a la integridad física. § 2. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un ataque a los bienes. § 3. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan del retraso en el pago de una suma de dinero. Sección 3. Las convenciones que se refieren a la reparación: § 1. Convenciones que excluyen o limitan la reparación. § 2. Convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales. Sección 4. La prescripción de la acción de responsabilidad. Capítulo IV. De los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización: Sección 1. La indemnización de las víctimas de accidentes de la circulación. Sección 2. La responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos. *Libro tercero. Título XX. De la prescripción y de la posesión (arts. 2234 a 2281). Exposición de motivos* por Philippe Malaurie. Capítulo I. De la prescripción. Capítulo II. De la posesión. Capítulo III. De las causas que impiden la prescripción. Capítulo IV. De las causas que interrumpen o que suspenden el curso de la prescripción: Sección 1. De las causas que interrumpen la prescripción. Sección 2. Del curso de la prescripción y de las causas que la suspenden. Capítulo V. Del tiempo requerido para prescribir: Sección 1. Disposiciones generales. Sección 2. De las prescripciones particulares. Sección 3. Del plazo máximo de las prescripciones extintivas. Sección 4. De la posesión mobiliaria. Sección 5. Derecho transitorio.

I. PERSONAS QUE HAN PARTICIPADO EN LA ELABORACIÓN DEL ANTEPROYECTO (POR ORDEN ALFABÉTICO)

- Pascal Ancel - Profesor en la Universidad de Saint-Etienne.
- Jean-Luc Aubert - Consejero honorario del Tribunal de Casación. Agregado de las Facultades de Derecho.
- Laurent Aynes - Profesor en la Universidad de París I.

- Alain Benabent - Abogado en el Consejo de Estado y en el Tribunal de Casación. Agregado de las Facultades de Derecho.
- Philippe Brun - Profesor en la Universidad de Saboya.
- Rémy Cabrillac - Profesor en la Universidad de Montpellier 1.
- Pierre Catala - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Gérard Cornu - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Philippe Delebecque - Profesor en la Universidad de París 1.
- Jean-Pierre Dumas - Presidente de la Cámara honoraria del Tribunal de Casación.
- Georges Durry - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Jérôme François - Profesor en la Universidad de París 5.
- Alain Ghozi - Profesor en la Universidad de París 2.
- Jacques Ghestin - Profesor emérito en la Universidad de París 1.
- Jean Hauser - Profesor en la Universidad de Burdeos 4.
- Jérôme Huet - Profesor en la Universidad de París 2.
- Patrice Jourdain - Profesor en la Universidad de París 1.
- Pierre Leclercq - Consejero honorario en el Tribunal de Casación.
- Hervé Lecuyer - Profesor en la Universidad de París 2.
- Fabrice Leduc - Profesor en la Universidad de Tours.
- Laurent Leveneur - Profesor en la Universidad de París 2.
- Yves Lequette - Profesor en la Universidad de París 2.
- Grégoire Loiseau - Profesor en la Universidad de París 1.
- Rémy Libchaber - Profesor en la Universidad de París 1.
- Philippe Malaurie - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Philippe Malinvaud - Profesor emérito en la Universidad de París 2.
- Didier Martín - Profesor en la Universidad de París 11.
- Denis Mazeaud - Profesor en la Universidad de París 1.
- Judith Rochfeld - Profesor en la Universidad de París 11.
- Yves-Marie Serinet - Profesor en la Universidad de Cergy Pontoise.
- Philippe Simler - Profesor en la Universidad de Estrasburgo 3.
- Philippe Stoffel-Munck - Profesor en la Universidad de París 1.
- Hervé Synvet - Profesor en la Universidad de París 2.
- Geneviève Viney - Profesor en la Universidad de París 1.
- Guillaume Wicker - Profesor en la Universidad de Burdeos 4.

II. PRESENTACIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO

PIERRE CATALA

1. El bicentenario del Código civil ha tenido una inmensa resonancia en la mayor parte de los países que han acogido la codificación, cualquiera que sea su lengua. Esto da lugar a innumerables manifestaciones, donde emergen, aunque sean de talla e inspiración diversas, los nombres de Portalis y Carbonnier. El fundador y el renovador tenían en común la cultura histórica, un conocimiento profundo de las costumbres y tradiciones que forman «el espíritu de los siglos» y el sentimiento de que «es útil conservar todo lo que no es necesario destruir». No eran constructores de sistemas, pero no dudan, sin embargo, que la ley sea, antes que la jurisprudencia, madre del ordenamiento jurídico. «La ciencia del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común; la ciencia del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, con una aplicación sabia y razonable, a las hipótesis privadas» (Discurso preliminar).

De estos dos nombres reunidos se desprende una doble certidumbre: que el Código de 1804 constituye siempre un modelo ideal de la legislación civil; es posible renovarlo sin degradar su estructura ni su forma. Jean Carbonnier lo había demostrado transfigurando el libro primero con la fortuna que se sabe. Pero más allá de los propósitos agradables que sonaron en los oídos franceses, otro mensaje, más a menudo tácito, nos era dirigido; decía: ¿qué esperarais para continuar la modernización de vuestro Código?

2. A esta tarea, y con la perspectiva de la gran cita de 2004, un puñado de civilistas universitarios se reunieron un año antes. El gatillo proviene de un coloquio organizado por el Ministro de Justicia, que ponía en paralelismo el Derecho francés con «*Principios europeos de Derecho de los contratos*», surgidos de los trabajos de Lando. Parecía que había que resaltar que si, sobre determinados puntos, nuestro Derecho era o podía estar en convergencia con la trama propuesta para Europa, en otros puntos, esta última contravenía demasiado nuestra tradición nacional. En la coyuntura del momento, esto merecía evidentemente ser tratado con profundidad.

El propósito de los que se reunieron para reflexionar sobre ello no era oponerse a todo. Era someter a criba los Títulos III y IV del Libro tercero del Código civil para detectar los silencios y para distinguir, entre las disposiciones en vigor, las que merecían perdurar en el estado actual, de las que reclamaban una nueva redacción

o un puro y simple abandono. Haciéndolo, seguimos el ejemplo de nuestros vecinos alemanes y holandeses que acaban de renovar su Código, de igual manera que nuestros vecinos americanos de Québec y Latinoamérica.

En el corazón del debate que se abría, se mantenía el lugar del Código civil en el ordenamiento jurídico privado. ¿Es todavía el derecho común por excelencia, la constitución civil de Francia? ¿Si no lo es ya, puede ser restablecido como tal, en el centro de un sistema de leyes que proliferan a voluntad de las políticas nacional y comunitaria y cuya complejidad se acrecienta tanto que en muchos ámbitos su conocimiento es un atributo de algunos iniciados? Para contestar a estas dos cuestiones, es necesario tener una cierta idea de la ley civil.

3. «Las leyes civiles, decía Portalis, disponen sobre las relaciones naturales o convencionales, forzosas o voluntarias, de rigor o de simple conveniencia, que vinculan a todo individuo con otro o con varios». Con estas sencillas palabras, su oficio se encuentra descrito en su generalidad absoluta. Mientras que las leyes del comercio dejan toda libertad a los comerciantes únicamente para las necesidades de su negocio, que la protección del consumidor es específicamente dirigida frente al profesional, la ley civil considera a estas mismas personas al margen de sus actividades de comerciante o de consumidor. El Código civil se dirige de manera indiferenciada a todo ciudadano, tomando en cuenta su primer y su último suspiro, con una igualdad republicana.

Tratándose de contratos, su vocación es a la vez moderar por el deseo de una cierta justicia contractual la libertad abierta a los comerciantes sin caer bajo la tutela del consumidor. El Derecho civil es un derecho de equilibrio, igualmente cuidadoso de los intereses en presencia, sin favorecer *a priori* a una u otra parte. Incumbe a otros códigos o leyes el cuidado de regular el balance contractual para una mayor eficacia o seguridad, en función de las situaciones jurídicas en cuestión y la utilidad social buscada.

Cumplido este espíritu de justo equilibrio, la modernización del Código civil lo mantendrá como pivote del Derecho privado, tronco robusto de un árbol cuyas ramas proceden y se ramifican sin separarse de su cepa. Con este fin, el Título «De las obligaciones» debe ser la sede de las máximas generales que dictan un derecho común actualizado, recubriendo y preservando a la vez el particularismo de las leyes especiales nuevas. Así el Código seguirá siendo el recurso natural del juez confrontado al silencio de los estatutos particulares y de los acuerdos, el fondo común de nuestra razón jurídica.

4. Apadrinado por la Asociación Capitant, el proyecto concebido en 2003 está terminado hoy con la ayuda del Ministerio de Justicia, treinta meses después de haber sido concebido. Para concluirlo en este plazo, los miembros iniciales no habrían podido bastar; era indispensable repartir la carga y asumir otras competencias. Nuestra primera tarea fue dividir la materia y confiar los segmentos a colegas particularmente calificados, estableciendo un cierto número de tiempos y forma. Se estimó rápidamente necesario formar dos equipos distintos, dedicado uno a los contratos y cuasicontratos y otro a la responsabilidad civil. G. Viney se separó del grupo inicial y constituyó con G. Durry un equipo de seis universitarios en total que asumió de manera colectiva la responsabilidad civil. Para los contratos y los cuasicontratos, en cambio, un trabajo puramente colectivo parecía irrealizable con respecto a la masa de los temas a tratar. El grupo inicial aseguraba la coordinación de un trabajo repartido, añadiéndose a él un número suficiente de coautores. Veintitrés universitarios y tres altos magistrados jubilados del Tribunal de Casación asumieron la reelaboración del Título III (obligaciones convencionales) subdividido en dieciocho temas. Otros dos autores se dedicaron respectivamente a los cuasicontratos y la prescripción. En total, el programa movilizó a treinta y cuatro personas.

Su realización ha conocido globalmente cuatro fases que se han encadenado a veces. El primer tiempo (febrero-julio 2003) fue dedicado a la confección del programa: determinación de los objetivos, división de la materia, reunión de los autores. En una segunda etapa (septiembre 2003-abril 2004), los mismos cumplieron su misión consistente en redactar los artículos del capítulo o de la sección que les fue confiada y un texto de presentación.

Cada una de estas contribuciones fue dirigida luego a todos los intervinientes, con petición de opinión, de sugerencias y de críticas: esta tercera fase constituye una suerte de «forum» de una gran riqueza gracias a la parte que asumió la mayoría de los autores. Se descubren las lagunas y los dobles empleos, así como algunos artículos del Código actual que no habían sido readaptados a consecuencia de las modificaciones aportadas al plan. Surgieron también algunos conflictos de opinión, más escasos de lo que se habría podido temer, de los que la mayor parte fueron solucionados consensualmente.

La tercera fase fue prevista que terminase en otoño de 2004, pero se prolongó de hecho hasta el final. Es verdad que la cuarta y última había comenzado en el verano de 2004. Tenía por objeto inicial la armonización de una veintena de contribuciones forzosa-

mente heterogéneas en la forma, en razón del estilo propio de cada autor. A esto se añadió la carga de resolver las dificultades que surgieron en el curso de la fase tercera y retocar numerosos textos en atención al informe en el que el «forum» se había inspirado; el mismo fue realizado con el concurso del grupo inicial aumentado con algunos voluntarios en función de los temas debatidos; determinados capítulos conocieron hasta diez versiones... En cuanto a la obra de reelaboración, G. Cornu desempeñó un papel primordial; cualquier lector sagaz conocerá su pluma.

Mientras que el Derecho de los contratos y cuasicontratos tomaba nueva forma, el grupo Viney-Durry acababa por reconstruir la responsabilidad civil y Ph. Malaurie la prescripción. Se trata de un Anteproyecto terminado que, al comienzo del verano de 2005, va a ser presentado a los poderes públicos y a la comunidad jurídica en su conjunto, de la manera que aquí aparece. Un primer vistazo sobre el Anteproyecto en general es seguido de una introducción relativa a las obligaciones convencionales por G. Cornu, tras una exposición de motivos en la que cada autor presenta la parte del proyecto que ha tratado; todo esto precedido del texto de los nuevos artículos 1101 a 1339. La segunda parte comporta una introducción de G. Viney sobre la responsabilidad civil, seguida de los nuevos artículos 1340 a 1386. La tercera, relativa a la prescripción, contiene una introducción de Ph. Malaurie en la cabecera de los artículos 2234 a 2281.

5. Algunas páginas implican una intromisión en las explicaciones que serán dadas al lector por los espíritus más sagaces. Su fin sólo es poner de relieve algunos aspectos que tejen la lógica de un proyecto considerable por su amplitud y la libertad de sus objetos.

Un homenaje, en primer lugar, debe ser rendido a las fuentes, comenzando por la primera de ellas, la ley. El estudio muestra que numerosas soluciones del Código de Napoleón conservan su valor después de dos siglos de aplicación; se las encontrará ya en la misma forma en la que nuestros ancestros las habían vertido, ya en una redacción mejor adaptada al gusto del tiempo presente. En este informe, el Anteproyecto no propone un Código de ruptura, sino de ajuste.

En este sentido, se tiene en cuenta la doctrina y la jurisprudencia. La primera estuvo en el origen de varios hallazgos terminológicos que determinan innovaciones fundamentales: las obligaciones de medios y de resultado por citar solo una. El Anteproyecto les debe las numerosas definiciones que ha parecido deseable establecer en la ley, pues la definición, si no es *stricto sensu* normativa,

constituye un instrumento incomparable de análisis y de calificación.

Aunque la mayor parte sea debida a la doctrina, la de la jurisprudencia prevalece ampliamente en la sustancia del Anteproyecto. La estabilidad de los Títulos III y IV se explica ciertamente, en parte, por la aparición de códigos y leyes que han germinado alrededor del Código civil, pero todavía más por obra del Tribunal de Casación en la interpretación *praeter legem* del propio Código. Es la que ha dado cuerpo al período precontractual, inventada la responsabilidad por el hecho de las cosas, esculpida la estipulación por otro... Se la encontrará en cada paso o en casi todas las páginas que siguen.

6. Pero la huella del Código de Napoleón y el recurso a las fuentes interpretativas, por importante que sean, están lejos de reducir el Anteproyecto a la etiqueta de una codificación del derecho existente.

En algunos puntos y no menores, figuran en él nuevas normas contrarias a la jurisprudencia contemporánea. La promesa unilateral obliga al promitente a concluir el contrato si la aceptación del beneficiario se produce durante el plazo de opción (art. 1106); la función de la causa se agota en la formación del contrato, sin interferir con su cumplimiento (arts. 1123 y 1124 combinados). El compromiso del delegado frente al delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado, que no puede ser embargado ni cedido (art. 1284). Además, los textos propuestos no se oponen a la jurisprudencia, pero tratan de clarificarla (restituciones), encuadrarla (consentimiento, cesión de contratos), atemperarla con una norma probatoria (fijación del precio, arts. 1121.4 y 1121.5), abrirle vías nuevas: acción directa (art. 1168), contratos interdependientes (arts. 1172 ss.), cesiones de crédito futuro (art. 1252).

Es preciso, en fin, tener en cuenta las materias que escapan al poder del juez en cualquier parte donde sólo la ley puede crear el derecho o transformarlo. Tan solo ella puede sustituir al artículo 1142 del Código civil por una disposición en sentido inverso (art. 1154 propuesto), ofrecer al acreedor insatisfecho la facultad de resolver unilateralmente el contrato (art. 1158), permitir al juez ordenar la renegociación de un acuerdo que ha perdido todo interés para una de las partes (art. 1135.2). Un texto legal es absolutamente necesario para acordar una preferencia a los acreedores que ejercen las acciones oblicua o pauliana (art. 1167.1), de igual manera que para alegar las formas sustanciales de la cesión de crédito (art. 1254.2).

En el orden de la responsabilidad civil, corresponde a la ley civil afirmar la existencia de una responsabilidad contractual, crear un régimen de responsabilidad más favorable a las víctimas de los daños corporales (arts. 1341, 1351, 1373, 1382.1), ampliar la responsabilidad de pleno derecho en materia de actividad anormalmente peligrosa (art. 1362) y abrir la vía de los daños e intereses punitivos (art. 1372). Tratándose de la prescripción, únicamente corresponde al legislador fijar los plazos, o redistribuir los papeles respectivos de la interrupción y la suspensión.

7. Esta paleta que, por necesidades de la exposición, huye de los matices yendo de la continuidad al cambio, enmascara tal vez la unidad del proyecto. Se la encontrará, sin embargo, en las múltiples líneas de fuerza que han guiado su construcción.

Un mismo principio de coherencia vincula las condiciones de validez del contrato a las sanciones (arts. 1122 y 1124.1) e inspira, notablemente, normas de fondo como el artículo 1125, p. 2, de interpretación (art. 1137) y de prueba (art. 1293). Más allá de estas manifestaciones ostensibles, una coherencia latente, que las instrucciones que siguen a continuación ponen de relieve, aparece en las partes del Anteproyecto.

El poder de la voluntad es proclamado. Su omnipotencia aparece en caso de intercambio de los consentimientos (arts. 1127 y 1136), comprendiendo la materia de prueba (art. 1289), de responsabilidad (art. 1382) y de prescripción (art. 2235). Paralelamente, los efectos reconocidos a la voluntad unilateral se potencian (arts. 1101.1, 1121.4, 1121.5, 1158).

Pero si se sacrifica sin moderación la libertad contractual, el Código civil perdería la virtud del equilibrio que es su esencia; la afirmación de esta libertad no puede expandirse sin los contrapesos generadores de seguridad jurídica. Así un deber de lealtad, implícita o designada, atraviesa de punta a punta la materia de las obligaciones convencionales (arts. 1104, 1110, 1120, 1134, 1176).

Yendo más lejos, un mismo espíritu de solidaridad establece la ley para socorrer a la parte más débil por disposiciones generales que no se limitan al derecho del consumo. Tales son las normas relativas a la forma, a la capacidad y al poder, que el Anteproyecto desarrolla sensiblemente en relación con el Código civil. Al lado de ellas, medidas puntuales que tienen el mismo espíritu tocan a las condiciones de validez del contrato (arts. 1114.3, 1122.3, 1125 y siguientes), a su interpretación (art. 1140.1), a su ejecución (arts. 1154, 1175), a su cesión (art. 1165.4) y a su prueba (arts. 1289, p. 3 y 1299). Parecidamente, la responsabilidad civil toma en consideración el comportamiento de personas cuyo estado de necesidad precisa una vigilancia

especial (arts. 1356, 1357) y la prescripción protege a los que están impedidos para actuar (art. 2266).

8. Tal como se presenta, el Anteproyecto se esfuerza en establecer un justo reparto entre el espíritu de los siglos y las necesidades del tiempo presente, como hicieron antes los padres del Código. Esta misma combinación se impone a los que nos rodean, teniendo interés mirar, al término de nuestra tarea, en qué medida su resultado coincide con los principios emitidos por Lando. El balance se presenta mitigado.

Existen convergencias apreciables en la formación del contrato, los vicios del consentimiento y la representación (aunque el Anteproyecto sea más completo sobre este último punto). Igualmente, en las fases de ejecución, se encuentra un favor común hecho a la ejecución en forma específica del contrato, la trilogía de los «medios» disponibles frente al incumplimiento del deudor (cumplimiento, resolución, indemnización de daños y perjuicios), así como la facultad de resolución unilateral. Se aprecia todavía más una identidad de parecer en materia de prescripción.

Pero los «principios europeos» omiten la causa como justificación del compromiso, confieren al juez el poder de rehacer el contrato (lo que los autores del Anteproyecto rechazan masivamente) y admiten la anulación del contrato por vía de notificación al contratante. Estos mismos principios admiten la prueba del contrato por todos los medios, y hacen de la solidaridad el principio en materia civil. Disponen que la cesión de crédito no requiere que sea por escrito ni ninguna otra exigencia de forma y que produzca efecto en el momento del acuerdo sin regular la cuestión de su oponibilidad a los terceros. Estas soluciones, potencialmente peligrosas en materia civil, con el añadido de la judicialización de los contratos, inspiraron sin duda reservas a los civilistas franceses.

9. El acto legislativo no es acto unilateral sino colectivo. Nuestro propósito común era dar cuerpo a una reforma general del derecho de las obligaciones y de la prescripción, cuya urgente necesidad debía imponerse al espíritu del legislador nacional. Nuestra esperanza es que el Anteproyecto sirva a la empresa que dará a Francia un Derecho civil adaptado a su época y una voz en el concierto europeo.

«¿Cumplirá al fin que nos hemos propuesto el plan que hemos trazado de estas instituciones? Nosotros pedimos alguna indulgencia para nuestros débiles trabajos, a favor del celo que los ha sostenido y animado. Nos quedamos por debajo, sin duda, de las honorables esperanzas que se habían depositado en nuestra misión; pero lo que nos consuela, es que nuestros errores no son en modo algu-

no irreparables; una discusión solemne, una discusión clara los reparará». Con estas palabras, Portalis concluía el Discurso Preliminar.

INTRODUCCIÓN

GERARD CORNU

Lo que en este proyecto se dice del contrato y de las obligaciones convencionales en general, no es el fruto de una reconstrucción integral sobre una tabla rasa. Se trata de una revisión, de una revisión de conjunto. Y es precisamente porque a esta escala ningún examen había sido emprendido desde 1804, por lo que un plan semejante tiene hoy en día títulos que no han entrado en el paisaje legislativo.

La perennidad de la teoría general del contrato en el Código civil no es una prueba de su obsolencia –hay que estar dichoso de tener este monumento legislativo como herencia–. Pero no es tampoco un diploma de intangibilidad. El tiempo presente abre nuevas vías.

Según la idea que ha presidido desde 1965 la reforma de los regímenes matrimoniales y, con el mismo espíritu, la reforma en el Código del Derecho patrimonial y extrapatrimonial de la familia³⁰, el derecho contractual demanda, a su vez, ser refundido en el cuerpo del derecho al que pertenece. En el seno del Código civil, la recodificación de esta parte se hace en relación con las otras, a fin de que reine entre ellas la concordia. Las disposiciones generales dedicadas a las restituciones después de la terminación del contrato han sido establecidas en contemplación de que las gobiernan la indivisión, la recompensa, la colación y la reducción de las liberalidades (ejemplo entre otros muchos). Las mismas nociones, corriendo bajo las mismas palabras, irrigan todo. Es un beneficio de la renovación en conexión.

El contrato sigue siendo la figura central. Una vez reguladas su formación y las condiciones de su validez, aparece la teoría de las obligaciones convencionales en general: interpretación, ejecución, inejecución, efectos frente a terceros, modalidades, extinción, prueba. Sin embargo, en el umbral de esta parte principal, una presentación inicial ofrece el panorama de las fuentes de todas las

³⁰ Tutela de menores, derecho de los mayores protegidos, patria potestad, filiación, divorcio, sucesión por causa de muerte.

obligaciones y no solamente de las obligaciones convencionales, sino también de todas las obligaciones extracontractuales (cuasi-contratos y responsabilidad civil). Este marco pone en perspectiva la división mayor de los actos jurídicos y los hechos jurídicos bajo los auspicios de la cual todas sus clases se ordenan. En el seno de los actos jurídicos, la convención pierde su justo lugar al lado del acto jurídico unilateral y del acto colegial. Entre los hechos jurídicos, formando antítesis, los cuasicontratos y la responsabilidad civil hacen nacer respectivamente obligaciones a partir de las ventajas recibidas sin derecho o de daños causados sin derecho. Es el empleo de nuevo amplificado y puesto de relieve por la disposición bisagra del actual artículo 1370.

Estas diversas clases de actos y hechos jurídicos son definidas, como lo son los diversos tipos de contratos. Pero el recurso a las definiciones legales está lejos de ser sistemático. Es el privilegio de las figuras jurídicas de referencia que son las llaves del derecho contractual: clases de obligaciones, modalidades, causas de extinción, modos de prueba, operaciones sobre crédito, etcétera. Las obligaciones forman una teoría a causa del orden puesto en estos conceptos por la práctica.

ORIENTACIONES DE FONDO

En el fondo, la apertura hacia la modernidad no pasa por el rechazo de las máximas que constituyen todavía la fuerza viva del contrato. El artículo 1134 es siempre el mismo pilar. Pertenece a los ciudadanos.

Sin embargo, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben contar con las aspiraciones de la justicia contractual. La conciencia contemporánea espera progresos en este sentido. Esta es, primordialmente, una de las ideas directrices de la revisión. El proyecto imprime a la justicia en el contrato todo el impulso compatible con la seguridad jurídica. Para los mayores plenamente capaces, la rescisión por causa de lesión sigue encuadrada de la misma manera que el error sobre el valor. Pero la violencia no tiene ya como único aspecto la coacción física o moral, ya que puede también resultar de la amenaza de una vía jurídica o del estado de extrema precariedad en la cual se encuentra uno de los contratantes, cuando el otro lo explota para obtener una ventaja manifiestamente excesiva. El dolo es tomado en consideración no solo si emana del cocontratante sino también si el hecho del representante de éste o incluso, en determinadas circunstancias, de un tercero (art. 1113.2). Sobre todo, remitiéndose a los casos específi-

cos en los cuales una ley de protección autoriza la revisión judicial de las cláusulas que crean un desequilibrio excesivo en detrimento de un contratante, el proyecto abre la puerta a la teoría de la imprevisión en materia civil, para el supuesto en que el equilibrio inicial de las prestaciones es gravemente perturbado en los contratos de cumplimiento sucesivo o escalonado. Cuando las partes no lo acuerdan por anticipado, una nueva negociación puede ser ordenada por el juez y desembocar en una rescisión unilateral (arts. 1156 ss). El mismo cuidado de equilibrio que, cuando una convención ha sido establecida bajo la influencia dominante de una parte, debe ser interpretado a favor del otro (art. 1140.1).

Todos estos avances de la justicia contractual se acompañan –es una correlación activa– por la mayor proyección que se da a la buena fe. Establecida para gobernar la ejecución del contrato (art. 1134, p. 3), el principio de la buena fe extiende su ley sobre su propia formación (negociación, tratos preliminares, art. 1134, p. 1, convención sobre la duración de la prescripción, art. 1162). La obligación de información hace una entrada razonable en el Código, y, con el rango de las modalidades de la obligación, el cumplimiento de la condición queda bajo la égida de la lealtad (art. 1176). El favor a la buena fe circula en todo el texto (v. todavía art. 1120). Libertad en la probidad, el lema tiene una larga tradición.

Fenómeno más nuevo, el dinamismo inventivo de las prácticas en la ramificación de las acciones económicas demandaba que sea destacado el reto de la complejidad de las relaciones convencionales. La relatividad guarda sus marcas: los convenios sólo vinculan a las partes contratantes (art. 1165). Pero están a menudo ligadas por una operación conjunta que crea entre ellas una interdependencia rica en consecuencias (art. 1137). En resumen, es en marco semejante –si la cesión de deuda no es admitida aisladamente– que puede operarse una transferencia de contrato (principalmente por fusión o escisión de sociedad) determinando una sustitución del contratante (art. 1165.2). Bajo el mismo horizonte, las operaciones triangulares son siempre más florecientes. La estipulación por otro y la garantía tienen ciertamente desde hace mucho tiempo derecho de cita. Pero una realidad económica mayor anima la materia. En los patrimonios, el crédito constituye un valor, objeto de propiedad, fuente de garantía, materia de la circulación financiera. El proyecto tiene como objeto esencial reunir todas las operaciones de crédito en un capítulo nuevo (arts. 1251 ss.). Si la subrogación y la novación conservan sus fuertes cimientos, la delegación (apenas hilachada en el Código) se despliega en toda su polivalencia (arts. 1275 ss.) y, en la época de la electrónica, la cesión de crédito

accede a la simplicidad que requiere. Con suplantación *inter partes*, la remisión del acto, el establecimiento del escrito que constata la cesión opera por si solo la transferencia, y ésta no es considerada cumplida, sin notificación, *erga omnes* (art. 1254). Con el mismo espíritu, las rigideces del individualismo absoluto son igualmente rechazadas en otros puntos. Una apertura es hecha a la acción directa de los acreedores (art. 1168). Situado en el rango de los actos jurídicos, el acto colegial debe ser interpretado a la luz del interés común (art. 1136). Cuando, en fin, el proyecto propone escribir que las convenciones legalmente formadas son oponibles a los terceros y que estos deben respetarlas, está en la misma línea, pero se refiere en esto a otros aspectos.

Sin contradicción, el reconocimiento de estas realidades va a la par con la ascensión diaria –como un pescador dice de la subida de la red– de datos latentes confirmados ya presentes en el pensamiento jurídico. La revisión ha calado tanto en los intérpretes (jueces y autores) como en las fuentes creadoras, el consenso doctrinal que autoriza una consagración legal (*communis opinio doctorum*). La misma no ha vertido en la ley todas las riquezas jurisprudenciales y doctrinales, ya que solamente filtra –dejando muchos datos de aplicación a su destino trazado– el núcleo de los acuerdos. Así el proyecto propone establecer –declarar– la libertad de la prueba de los hechos jurídicos (art. 1287), el principio del consensualismo en la elección de las formas (art. 1127), el del paralelismo de las formas entre el acto originario y el acto modificativo o contrario (art. 1127.6), la existencia de un orden público de protección individual (art. 1129.1), la apertura al incapaz que actúa solo de los actos corrientes autorizados por el uso y de los actos que conciernen muy personalmente (art. 117.1), la afirmación con el rango de las disposiciones generales de que, para hacer una convención válida, es preciso estar sano de espíritu (art. 1109). De esta manera adquiere cuerpo en el Código la teoría de la calificación (aquí la calificación de los actos jurídicos, llave del análisis contractual (arts. 1142 ss.), la teoría general de la representación (arts. 1119 ss.) erige el poder de actuar en nombre de otro en condición específica de validez de los actos cumplidos por el representante legal, judicial o convencional (arts. 1108, 1119 ss.), caracteriza la capacidad de goce frente a la capacidad de ejercicio (arts. 1116 y 1117), marca los vínculos que unen las incapacidades a la asistencia y representación, contempla a las personas jurídicas, da a la ilicitud el sentido genérico que le hace cubrir el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas (arts. 1126, 1162.3), define la deuda de valor (art. 1148), etcétera. Sobre todos estos puntos de acuerdo,

la costumbre es invitada por la ley y el Código, pudiendo a estas fuentes autorizadas, por suerte revivificada.

Sobre tres puntos controvertidos, se puede verdaderamente dudar del apoyo de la opinión común. El proyecto sigue fiel a la causa (arts. 1124 ss.), a la obligación de dar y a su ejecución por el mero intercambio de los consentimientos (arts. 1121, 1145, 1152 ss.) así como a la retroactividad de la condición (art. 1182). Todo bien sopesado, la convicción ha prevalecido de tal manera que, en la interpretación reinante, la doble función de la causa en la justificación del compromiso es bien diseñada, como lo son la obligación de dar y su ejecución acompañadas de matices razonables que precisan su aplicación. En definitiva, el mantenimiento de estas nociones crea muchos menos problemas que los expedientes y rodeos por los que habría que pasar para colmar el vacío abierto por su supresión.

En el prolegonomo de esta acción declarativa, el proyecto propone colmar numerosas lagunas, introduciendo en el Código civil las normas que, llevadas por reflexiones convergentes, están también maduras para una semejante incorporación. Reconoce una vocación de principio al cumplimiento en especie de la obligación (art. 1154), reserva un lugar a la resolución unilateral del contrato por incumplimiento (arts. 1158 ss.), da al derecho de retención, enunciado en su principio, una base legal en el Código (art. 1155.3) y sus propuestas, sobre ciertos puntos, se apilan. Diseñando la teoría general, el perfil de la negociación (arts. 1045 ss.), del contrato-marco (art. 1102.6), del acuerdo de principio (art. 1104.1), de la oferta y de la aceptación (arts. 1105 ss.), de la promesa unilateral de contrato (art. 1106), del pacto de preferencia (art. 1106.1), del contrato de adhesión (art. 1102.5), del plazo de reflexión y del plazo de arrepentimiento (art. 1110.2), de la facultad de retracto (art. 1134.1), da cuerpo al conjunto de las normas que estructuran la negociación contractual y la formación del contrato, aumento notable.

ELEMENTOS DE MÉTODO

El relleno de las lagunas, cuyo postulado es el arraigo en el Código de aportaciones nuevas, conduce al método de la revisión. Lo es, en efecto, porque ésta se despliega sobre el conjunto de la teoría general que sus intervenciones, escalonadas capítulo a capítulo, proceden por la puesta a punto, puesta en valor y en concordancia, trabajos de presentación, abriendo la vía, en la trama, a varias innovaciones en armonía.

Así el proyecto determina algunas remodelaciones. Marcando la trilogía de las fuentes de la compensación se ordena el marco de las

cuatro condiciones esenciales de la compensación legal (art. 1241.1) con respecto de las cuales la compensación judicial y la compensación convencional ocupan su justo lugar. La consignación de la cosa debida, con el título del pago, tiene posibilidades de determinar la liberación del deudor desde el momento que las formalidades las que está asociada (ofrecimiento de pago, mora) ponen a cargo del acreedor iniciativas a falta de las cuales una salida razonable puede prosperar eficazmente bajo el control del juez (arts. 1233 ss.). Hasta ahora reducida a la oposición de la condición suspensiva y de la condición resolutoria, la teoría de la condición se enriquece con un tercer tipo, la condición extintiva que, operando para el futuro sin retroactividad, responde a una utilidad y no solamente a la simetría del término extintivo (art. 1184.1). Con el rango de estas mismas obligaciones modales, figuran solas las obligaciones indivisibles, sobre la observación que entre acreedor y deudor la deuda es considerada jurídicamente como indivisible (norma pura y simple del pago, art. 1224) y que se divide de pleno derecho entre sus herederos (norma sucesoria, pura y simple). En fin, la clasificación bipartita de las obligaciones según su objeto, de una parte, obligación de dar, de otra parte, las obligaciones de hacer y de no hacer, se presta a una profundización natural que hace emerger un tercer tipo de obligación especificada por su objeto, la obligación de dar en uso. En efecto, es esencia del uso de la cosa de otro obligar a la restitución al que se ha constituido en precarista de tal manera que una semejante prestación es irreductible a una enajenación (como en la obligación de dar) y parecidamente que el detentador de uso no recibe de otro ni trabajo, ni obra, ni empresa (ni la ventaja de una abstención, como en la obligación de hacer o de no hacer) sino específicamente una cosa a restituir a su propietario según el uso, noción distinta (arts. 1102, 1121, 1146, 1155 ss.).

De otro lado, han sido operados agrupamientos de normas hasta ahora dispersas, permitiendo su puesta como factor común poner en evidencia su generalidad. Así la forma de las convenciones es el lugar de disposiciones de síntesis (arts. 1108, 1127 ss.). Las restituciones después de la terminación del contrato (por nulidad o resolución) forman en lo sucesivo un polo de referencia (arts. 1161 ss.). El acercamiento de nociones hasta ahora no escritas tiende al mismo resultado. Introducidas conjuntamente en el Código, la inoponibilidad, la caducidad y la regularización se caracterizan por comparación, mediante una definición (arts. 1131 a 1133) de igual manera que, relativamente, la obligación de medios y la obligación de resultado (art. 1149). Estas consecuencias constituyen un evidente progreso.

En fin, analizadas en su conjunto, los cimientos mejor probados del derecho de las obligaciones se ofrecen ellos mismos a retoques ligeros que eliminen, acentuando lo esencial, las reservas menores que los afectan. Así basta tocar con una palabra las definiciones de la ley para reflejar claramente el fundamento de toda presunción (art. 1314), la dispensa específica que deriva de las presunciones legales (art. 1317), el carácter siempre cuestionable de las que son abandonadas a las luces de los magistrados (art. 1318), el efecto a la vez iniciador e imperfecto del comienzo de prueba por escrito que, haciendo admisibles todos los medios de prueba, tiene necesidad de ser corroborado por uno de ellos (art. 1312), el clima consensual de la condonación (arts. 1237 ss.), el mecanismo refinado de la estipulación por otro (arts. 1171 ss.), el deber de conciencia de la obligación natural (art. 1151), en el fondo de la íntima convicción, la conciencia del juez (art. 1287). No se va a exagerar el alcance de esta legislación ocasional de resultado (es la recodificación que está en cuestión). Pero haciendo camino, la oportunidad se presenta para responder a ciertos daños contemporáneos, poniendo así a la altura las voluntades individuales cuando se acuerda, en los límites de lo razonable, sobre determinadas adaptaciones (ordenación convencional de las normas de prueba, art. 1289, o de los plazos de prescripción). Las mismas aspiraciones invitan a dar aquí y allá el sentido y la flexibilidad gracias a criterios directivos: así teniendo en cuenta que el contrato se interpreta de acuerdo con la razón y la equidad (art. 1139), que la relación de los contratos innominados con los contratos vecinos se lleva a cabo por analogía (art. 1103), que, en la duda, la verosimilitud es un pliegue eficaz y pertinente (arts. 1287, 1293, 1314, 1317).

De manera comparable, la revisión de conjunto es la ocasión para establecer las clasificaciones necesarias, desembocando a menudo en nuevas soluciones. Así la de definir el pago (art. 1219), enunciar que se prueba por todos los medios (art. 1231), poner como denominador común el carácter determinante de los vicios del consentimiento (art. 1111.1), extender al acto jurídico unilateral el principio de interpretación exegética (art. 1136), medir el valor del silencio en la formación del contrato (art. 1105.6), no vincular más que a la nulidad relativa la ausencia de consentimiento (art. 1109.2), dar en principio a la recepción de la aceptación la virtud de perfeccionar la formación del contrato (art. 1107).

Estas modificaciones puntuales son inseparables de otras propuestas. En efecto, sea mirada en el fondo o en su método, la revisión de conjunto que acaba de ser expuesta está ligada por dos ideas fundamentales que la animan.

Las materias de la teoría general han sido tratadas con concordancia. El principio de coherencia es el primer rasgo de su unión. Cuando el contrato lo invita, no excluye ciertas variaciones redaccionales. Pero las mismas inspiraciones impregnan todo el texto y, bajo el texto, nociones de fondo resultan siempre con el mismo sentido. La teoría general del contrato es, por naturaleza, la organización de una diversidad, de lo simple a lo complicado. No se la empobrece; se la enriquece asumiendo lo que es nuevo, mediante simplificaciones, ampliaciones y redistribuciones, pero siempre en un orden sin el cual las obligaciones convencionales en general no existen. Los progresos del ferrocarril y de la carretera forman una red. Sucede lo mismo para la red contractual. Se moderniza el utillaje para el usuario.

Relativamente a las otras normas, en el Código o fuera de él, las disposiciones de la teoría general están unidas todavía por su misma y singular vocación. Constituyen el derecho común de los contratos. Dejan jugar, cada una en su ámbito, las normas particulares a las clases de convención que florecen en él. Pero tienen como propio, de una parte, erigir en arquetipo las figuras principales del derecho de los contratos que son al menos punto de referencia, de otra parte abrir globalmente al acto unilateral y al acto colegial la aplicación en tanto que razón del derecho de las convenciones (art. 1101.1), en fin dar una solución residual a las cuestiones que el silencio de las leyes deja sin respuesta, recurso subsidiario. Desde el umbral, el artículo 1103 plantea el principio. Él tiene su parte en el destino del Código civil del que se ha celebrado el bicentenario.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES – DEFINICIONES (ARTS. 1101 A 1103)

GÉRARD CORNU

I. De la fuente de las obligaciones (arts. 1101 a 1101.2)

Novedad, el capítulo preliminar por el que se abre el Título III «De las obligaciones» es la consecuencia de la aparición, en el Código, de un título que agrupa el contrato, los cuasicontratos y la responsabilidad civil. Tiene precisamente por objeto la presentación inicial de las tres fuentes principales de la obligación.

Marco de conjunto, el artículo 1101 recoge ampliándola la disposición bisagra del artículo 1370 actual. Este texto original introduce en efecto, en su división mayor, «los hechos personales al que se encuentra obligado» (entendemos los hechos jurídicos), a saber, de un lado los cuasicontratos, de otro los delitos y cuasidelitos, no sin haber puesto en primer lugar fuera de serie, acompañados de ejemplos, «los compromisos que resultan de la autoridad exclusiva de la ley».

El artículo 1101 del proyecto no omite recordar la existencia de tales compromisos, pero su objeto primordial, que aparece a la cabeza del Título «De las obligaciones», es añadir a los hechos jurídicos los actos jurídicos, en el primer rango de los cuales está el contrato, instauración de conjunto.

Esta introducción a las fuentes principales de las obligaciones es una puesta en perspectiva. En efecto, es esencial poner en contacto las nociones fundamentales que están coordinadas. Más precisamente, situar el lugar del contrato en la categoría más general de los actos jurídicos y, parecidamente, la de los cuasicontratos y otros hechos generadores de la obligación en el conjunto de los hechos jurídicos.

Así se manifiesta la decisión legislativa que declara su fidelidad a la concepción tradicional francesa. El contrato es una especie de acto jurídico, pero, en la concepción reinante, aquí confirmada, el contrato es y será la figura central. Es por lo que el primer subtítulo del Título «De las obligaciones» está centrado en el contrato, y es por la misma razón que, por orden, todas las clases de actos y de hechos son situadas en primer lugar en el conjunto coherente que los engloba.

La disposición del artículo 1101.1 se dirige en principio a definir los actos jurídicos en general (p. 1) y dar la definición particular de los tres elementos de la trilogía (p. 2, 3 y 4). La definición general y la del acto jurídico convencional son clásicas, más nuevas las del acto jurídico unilateral y del acto jurídico colectivo.

La consideración del autor del acto es un primer dato de su diferenciación: dos o varias personas para la convención; para el acto colectivo, los miembros de la colectividad (dotada o no de personalidad jurídica). En general cumplido por una sola persona, el acto jurídico unilateral puede emanar también de varias personas unidas por la búsqueda de un mismo interés (la unidad de interés hace reconocer, a pesar de la pluralidad de autores, al acto unilateral).

Sobre todo los distingue su campo de acción. La apertura es general por la convención (en armonía con la libertad de las convenciones). Al contrario, el objeto de las decisiones colectivas se

inscribe en la finalidad particular y la competencia especial de cada tipo de colectividad (indivisión, asociación, sociedad, etc). En cuanto a la voluntad unilateral, no ha sido erigida en fuente general de la obligación. Ella puede solamente prosperar bajo la égida de la ley o (es una apertura) del uso.

Fundamentalmente, todos los actos jurídicos se caracterizan, como actos voluntarios, por la dirección que toma la voluntad (pues los hechos jurídicos pueden también ser voluntarios). En el acto jurídico, la voluntad es siempre dirigida hacia el efecto jurídico conscientemente percibido y buscado por su autor (lo que traducen las palabras-llave «destinatarios», «en vista»).

En su párrafo final, el artículo 1101.1 reenvía implícitamente a los actos jurídicos unilaterales y los actos colectivos a las disposiciones especiales que los gobiernan respectivamente en su validez y en su efecto. Pero, cuando la razón lo exige, es subsidiariamente aplicable el régimen general de las convenciones, el cual aparece así, desde esta perspectiva, como el derecho común de los actos jurídicos. El contrato es, en este conjunto, la figura resplandeciente.

El artículo 1101.2 pone de manifiesto que si, en ellos mismos los hechos jurídicos son de una gran diversidad, como maniobras (individuales o colectivas) o como acontecimientos (hechos diversos particulares, económicos, políticos, naturales, etc.) o como acontecimientos, es siempre la ley que los une el efecto jurídico que la misma determina (el cual no corresponde evidentemente si se trata de hechos voluntarios al propósito deliberado de su autor).

El artículo enuncia, en fin, la división mayor entre los hechos dañosos, ilícitos generadores de responsabilidad civil (subtítulo III) y los hechos lícitos civiles, fuente de obligación cuasicontractual (para el que se beneficia sin tener derecho a ello) (subtítulo II).

II. DEFINICIONES (ARTS. 1101 A 1103)

La definición general del contrato en el encabezamiento del subtítulo «Del contrato y de las obligaciones convencionales en general» es una idea de los redactores del Código de 1804. Así como la de hacerla derivar de la definición particular de varias figuras de contrato de donde cada una es clasificada, de manera sorprendente, por oposición a la figura antitética, el contrato sinagmático por oposición al contrato unilateral, el contrato a título oneroso por oposición al contrato a título gratuito, el contrato conmutativo por oposición al contrato aleatorio. Esta clasificación inicial responde a la intención de subrayar las grandes familias de

contrato en el seno de las cuales se sitúan los múltiples contratos llamados especiales.

Por su precisión y su claridad, algunas de estas definiciones sólo demandan ser mantenidas (contrato sinalagmático) o necesitadas de un retoque (contrato unilateral). La oposición del contrato a título oneroso y del contrato a título gratuito adquiere sentido por el acento en la intención decisiva («entiende») relativamente a una contrapartida (*animus donandi* para el contrato a título gratuito; la consecución de una contrapartida para el contrato a título oneroso). Para una modificación vecina pero más pronunciada, la consideración de la equivalencia inicial de las prestaciones, en el pensamiento de los contratantes, es el criterio que determina la separación entre el contrato conmutativo y el contrato aleatorio.

El catálogo actual ha sido completado solamente por nuevas definiciones enunciadas, según el mismo método, no por la interpretación del texto sino en función de la naturaleza propia de cada figura, en el conjunto del sistema jurídico. Así es propuesta la oposición ya conocida pero no escrita del contrato consensual y del contrato solemne. La extrema importancia práctica del contrato de adhesión y del contrato-marco exigía que su definición fuese elaborada, a fin sobre todo de que sean clarificadas, en el contrato de adhesión, la distinción entre el núcleo impuesto y la eventual parte complementaria negociada, y semejantemente, en el contrato-marco, la distinción del acuerdo de base y de las convenciones de aplicación.

Se encuentra en el artículo 1103 la afirmación de que las normas enunciadas en el título del contrato constituyen el derecho común de los contratos. El texto reserva, ilustrándolo con ejemplos tópicos, la aplicación a ciertos contratos de las normas particulares que los gobiernan, pero marca bajo esta reserva que la vocación de las normas generales se extiende a toda clase de contratos, nominados o innominados. En cuanto a estos últimos, abre un precioso recurso al razonamiento analógico a fin de colmar con discernimiento las lagunas de las previsiones contractuales.

Se habrá advertido que, en el artículo 1102, no figura más la referencia a la trilogía tradicional (dar, hacer, no hacer). Pero se encuentran los elementos en el artículo 1121 que precisa el objeto del contrato. Esta transferencia que evita una redundancia tiene sobre todo la ventaja de completar la trilogía, pues el contrato puede también tener por objeto conceder la detentación de una cosa con o sin uso, prestación específica que no se reduce ni a dar, ni a hacer, ni a no hacer.

Así desplegado, el abanico de las prestaciones tiene su lugar natural en el objeto del contrato, sin entorpecer la definición general preliminar del contrato. En esto, la referencia es en lo sucesivo hecha a una noción genérica establecida que desarrolla todos los casos. Toda obligación que nace de un contrato tiene por objeto el cumplimiento de una prestación.

FORMACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1104 A 1107)

PHILIPPE DELEBECQUE, DENIS MAZEAUD

Muy preciso sobre las condiciones de validez y los efectos del contrato, los redactores del Código civil de 1804 se habían quedado, en cambio, silenciosos sobre sus condiciones de formación, dicho de otra manera, sobre la fase de encuentro de las voluntades. El contraste es sorprendente con el lujo de detalles de los que da prueba el legislador francés contemporáneo, especialmente en el ámbito de los contratos de consumo, y los proyectos de armonización europea del derecho de los contratos que regulan con una extrema minuciosidad las diferentes etapas que conducen de la simple intención de contratar a la conclusión del acuerdo definitivo.

Ha parecido pues legítimo a los promotores de este proyecto colmar esta laguna de nuestro Código y prever textos que encuadren la formación de vínculo contractual. Tal es el objeto de los artículos 1104 y siguientes de esta sección titulada «De la formación del contrato».

En cuanto a la estructura de la sección, los redactores se demarcan así de los textos elaborados a nivel europeo e internacional que se dirigen a armonizar o a codificar el derecho de los contratos, optando deliberadamente por normas generales destinadas a estructurar el encuentro de las voluntades y han renunciado a reglamentar con demasiadas precisiones el proceso de formación del contrato, bien entendido que en este ámbito la libertad de los futuros contratantes debe poder desplegarse lo más ampliamente posible y que un cierto margen de apreciación debe ser dejado al juez sujeto por la existencia de un contrato. Además, se trata de contemplar los diferentes procedimientos y etapas que jalonan el camino que conduce a la creación del contrato. Así, los textos propuestos tienen por objeto los diferentes actos unilaterales o bilaterales que son los más a menudo utilizados y explotados con la perspectiva de la celebración de un contrato.

En cuanto al fondo, las normas elaboradas derivan de varias fuentes: la jurisprudencia francesa emanada en este ámbito, desde

hace dos siglos, en primer lugar; algunas codificaciones europeas e internacionales recientes (Alemania, Países Bajos, Québec), luego; los proyectos de armonización europeos e internacionales del derecho de los contratos –grupo Gandolfi; *Principios de Derecho europeo de los contratos*– Comisión Lando; Principios Unidroit), en fin. Además, estas normas son articuladas alrededor de un tríptico: libertad, lealtad, seguridad.

Libertad, en primer lugar, en el período de negociación precontractual (arts. 1104 a 1104.2). Los negociadores son libres para entrar en negociaciones, de concluir su negociación y de ponerla fin como y cuando les parezca. En principio, su responsabilidad no puede ser buscada con ocasión de esta fase de negociación. En particular, no puede surgir por el mero hecho de que la negociación ha sido rota o que esta ruptura ha provocado un daño para uno de los negociadores. Libertad, en segundo lugar, en el estado de la oferta y la aceptación. De una parte, el oferente dispone de un importante poder unilateral de retractación. De otra parte, el destinatario de la oferta no puede, salvo circunstancias excepcionales, estar ligado contractualmente cuando da prueba de pasividad en la recepción de ésta. Libertad, en tercer lugar, en cuanto a los instrumentos que los negociadores pueden explotar con la perspectiva de la conclusión de su acuerdo definitivo; contrato de negociación, acuerdo de principio, promesa unilateral, pacto de preferencia. Bien entendido que la «lista» no es exhaustiva y que el recurso a otros instrumentos contractuales es posible.

Lealtad, en segundo lugar. La libertad precontractual es, en efecto, atemperada y canalizada por una exigencia de lealtad destinada a imponer una cierta ética en el período que se dirige a la celebración de un contrato, en la medida en que la negociación contractual se inscribe a menudo en la duración y se traduce frecuentemente en importantes inversiones financieras. También, la buena fe guía a los negociadores en el momento de la negociación y singularmente con ocasión de su ruptura. De igual manera, la libertad de concluir pequeños contratos que jalonan y encuadran las negociaciones es canalizada por la exigencia de buena fe.

Seguridad, en tercer lugar. Las normas propuestas son mudas por el imperativo de garantizar la seguridad jurídica en el momento del período precontractual. Así, en principio, el poder de revocación unilateral del oferente es neutralizado cuando su oferta, dirigida a persona determinada, comporta su compromiso de mantenerla durante un plazo determinado. En este caso, la revocación de la oferta no impedirá la formación del contrato si es aceptada en un plazo fijo, como tampoco el fallecimiento del oferente o su incapa-

cidad sobrevenida durante el plazo de aceptación. De igual manera que la seguridad jurídica del destinatario de la oferta, concretamente el respeto de su creencia legítima en el mantenimiento de la oferta, es asegurada por esta disposición, la del oferente es promovida por la norma que prevé que el contrato sólo es concluido a contar de la recepción de la aceptación. Así, el oferente sólo está contractualmente vinculado cuando ha podido adquirir efectivamente conocimiento de la voluntad manifestada por su pareja y no puede ser jurídicamente obligado sin saberlo. Solución que, además, refuerza automáticamente su poder de revocación unilateral. Luego, es la protección de la confianza legítima del beneficiario de un pacto de preferencia o de una promesa unilateral de contrato que las nuevas normas han perseguido como objetivo. En armonía con los textos relativos a la irrevocabilidad unilateral del contrato, en la ejecución forzosa y en el cuidado de no privar de interés a los precontratos más utilizados en la práctica contractual, la retractación del promitente es sancionada de la manera más enérgica posible. En efecto, el rechazo del promitente a concluir el contrato prometido o la conclusión con un tercero del contrato a propósito del cual había consentido una prioridad o una exclusividad al beneficiario no constituyen obstáculo a la celebración del contrato prometido a favor del beneficiario.

VALIDEZ DEL CONTRATO—CONSENTIMIENTO (ARTS. 1108 A 1115.1)

YVES LEQUETTE, GRÉGOIRE LOISEAU, YVES MARIE SERINET

Según la opinión unánime, las disposiciones relativas al consentimiento en vigor en el Código civil (arts. 1109 a 1118) sólo dan cuenta de la materia de una manera imperfecta e incompleta.

Los textos, cuya redacción original permanece intacta desde 1804, tienen presente las únicas cualidades de lucidez y de libertad que aquél debe revestir a fin de que de la voluntad de cada contratante surja un compromiso válido.

Con toda evidencia, la perspectiva así escogida se encuentra doblemente limitada respecto de cuestiones que plantea esta condición esencial de formación de las convenciones en el derecho contemporáneo.

De una parte, la presentación de los codificadores conduce a silenciar el proceso de expresión y de encuentro de las voluntades, ocultando así la dificultad específica de la ausencia total de consentimiento.

De otra parte, sólo abre al que no ha contratado con pleno conocimiento de causa y libremente los remedios sanatorios de la anulación por vicio del consentimiento. Luego, los desarrollos recientes del derecho del consumo han mostrado, al margen del Código civil, que otras formas de protección permiten, por una vía preventiva, asegurar de una manera a menudo más eficaz la misma función de protección.

Además, sobre el terreno más clásico de la teoría de los vicios del consentimiento, aparece hoy en día que los textos iniciales sólo traducen el derecho positivo superficialmente. Hay que tener en cuenta que las nociones de error, dolo y violencia han conocido transformaciones profundas por la influencia de debates doctrinales surgidos desde el final del siglo XIX. En su prolongación, una jurisprudencia abundante y sutil, alguna vez hasta excesiva, ha aumentado considerablemente el régimen jurídico de cada uno de los vicios hasta tal punto que es difícil en lo sucesivo buscar lo esencial de las normas aplicables. Si, sobre determinados puntos, las opciones pretorianas permanecen aún discutidas, sin embargo, en su conjunto, la construcción jurisprudencial ha alcanzado un grado de madurez y finura suficiente para servir de fuente de inspiración a la redacción de nuevos textos. Además, en este ámbito, el derecho positivo francés asegura una mejor protección y testimonia un mayor perfeccionamiento técnico que las diversas propuestas de textos emitidos en otro ámbito sobre el mismo tema.

Por estas diferentes razones, la redacción de una nueva sección del Código civil que tenga que tratar sobre el consentimiento (arts. 1109 a 1115.1) necesitaría, en el espíritu de aquellos a quienes ha sido confiada, de una parte, colmar las lagunas desde la óptica que los codificadores de 1804 habían tenido de la materia redactando nuevas disposiciones relativas a la existencia y a la integridad del consentimiento y, de otra parte, obtener todas las consecuencias de las principales evoluciones aportadas por la jurisprudencia a la construcción del régimen de los diferentes vicios del consentimiento modificando y completando los textos actualmente en vigor.

Así resulta que en la subsección 1 se propone adoptar varios textos generales que tratan sobre la cuestión de la existencia del consentimiento. Con este título, dos dificultades pueden surgir, que no son las más frecuentes, pero que constituyen ordinariamente el objeto de un tratamiento poco satisfactorio por reenvío a textos particulares fuera del corazón del derecho de obligaciones o por relación a nociones vecinas aunque distintas.

La primera concierne a la ausencia de consentimiento de uno de los contratantes. Corresponde a la situación de una persona jurídicamente capaz que sufre una alteración de sus facultades mentales y no se encuentra en estado para emitir un verdadero consentimiento. El contrato no puede entonces formarse válidamente a falta de una voluntad real en el origen de la declaración de voluntad. A fin de tratar esta situación, se pretende generalizar a todos los actos jurídicos una solución enunciada en el artículo 901 del Código civil para las liberalidades que figura ya en el artículo 489 del Código civil en las disposiciones relativas a los mayores procedentes de la Ley de 3 de enero de 1968 redactada por el Decano Carbonnier. Esta generalización ya había sido contemplada por el mismo y permite regular de manera uniforme la cuestión del acto jurídico concluido bajo la influencia de una enfermedad mental en el nuevo artículo 1109.

La segunda dificultad es la relativa a la ausencia de encuentro de los consentimientos, cuando las dos partes no han querido la misma cosa. Existe una apariencia de contrato, pero esto responde a un malentendido, ya que se trata habitualmente en el título del error obstativo. A fin de considerar esta situación que, lo más frecuentemente, es estudiada con la teoría del error, el artículo 1109.1 la prevé.

En fin, una sanción uniforme es propuesta en el artículo 1109.2 del Código civil en caso de ausencia de consentimiento. Se trata de la nulidad relativa que se deduce ya de la concepción moderna de las nulidades y resulta de la reforma de 3 de enero de 1968. Además, pone fin a las incertidumbres y discusiones sobre un eventual resurgimiento de la noción de inexistencia del contrato, presentando esta opción la ventaja de homogeneizar estas sanciones con las que son clásicamente establecidas en materia de vicios del consentimiento.

Luego, en una subsección 2, las propuestas se dirigen a exponer, de manera más detallada, las normas destinadas a asegurar la calidad del consentimiento de los contratantes en dos párrafos desigualmente novadores.

En una primera subdivisión, se insertan disposiciones nuevas relativas a las medidas positivas de protección del consentimiento. Su función preventiva justifica el título del párrafo que trata de la integridad del consentimiento. Son aquí sucesivamente definidos dos instrumentos que el derecho del consumo utiliza de manera corriente a este fin, aunque el primero no se encuentra estrictamente delimitado: la obligación precontractual de información de una parte (arts. 1110 y 1110.1), las técnicas que tienden a diferir la formación definitiva del contrato que son los plazos de reflexión y

arrepentimiento de otra parte (art. 1110.2). A la vez, se trata de favorecer la reflexión del contratante permitiéndole adoptar una decisión clara y ofreciéndole el tiempo suficiente antes de comprometerse definitivamente e irrevocablemente.

Ha parecido necesario establecer un marco general a estas nociones que permita sobrepasar, según los casos, la diversidad de sus fuentes (jurisprudencial o legal) y la fragmentación de sus regímenes. Al fijar el sentido y los principales caracteres en el derecho común de las obligaciones del Código civil devuelve a éste sus plenas coherencia y dimensión creando un punto de anclaje hacia los derechos especiales más técnicos, especialmente el derecho del consumo. Rehacer del Código civil un Código piloto sería también una manera de responder a la crítica que considera que la reglamentación general de los contratos ha perdido su vigor y su capacidad creadora en beneficio del derecho del consumo que, más recientemente codificado, encarna el derecho vivo...

Una segunda subdivisión, de manera más clásica, redefine el régimen de los vicios del consentimiento que el Código civil había previsto originalmente, integrando en él las aportaciones más sustanciales del derecho positivo, tomando partido sobre ciertos puntos todavía sometidos a discusión y esforzándose en juntar, a través de la puesta como denominador común, los elementos que agrupan las medidas sanatorias de protección del consentimiento.

Al frente del párrafo, figuran cuatro disposiciones generales. Recuperando la fórmula originaria del Código de 1804, alabada por su valor expresivo particularmente fuerte, un nuevo artículo 1111 agrupa la trilogía de los vicios del consentimiento cambiando simplemente el orden de su enumeración a fin de respetar el que será seguido para presentarlos. A continuación, el artículo 1111.1 enuncia la condición de determinación del consentimiento común a todos estos vicios en un texto que se inspira en una sentencia celebre pronunciada a propósito del error determinante (Cas. Civ. 28 de enero de 1913, S. 1913, 1, 487). La ausencia de distinción entre el vicio principal e incidental es igualmente destacada a pesar de que los elementos de la apreciación *in concreto* del carácter determinante se encuentran enunciados, el efecto del vicio sobre el consentimiento debe medirse respecto del que lo alega. Además, los artículos 1115 y 1115.1 recuerdan que el error, el dolo y la violencia abren clásicamente la acción de nulidad relativa que, dirigida a la protección del contratante víctima, sólo corre desde el día de la cesación del vicio o de su descubrimiento. La proximidad de las vías jurídicas que manifiesta la expresión tradicional de «fungibilidad» de los vicios del consentimiento autoriza las pasarelas

procedimentales. En fin, la anulación del contrato se obtiene sin perjuicio de la eventual indemnización de daños y perjuicios concedida cumulativamente o alternativamente. Dolo y violencia están en efecto siempre presentes en la estructura dualista de un delito civil, para el que lo comete, y de un vicio del consentimiento, para el que lo sufre. Pero se admite hoy en día aún que el error provocado por las maniobras culpables del cocontratante autoriza una reparación sobre el terreno delictual. Es lo que el artículo 1115, párrafo 2 resume en una fórmula general derivada del artículo 1382 (ant.) del Código civil.

A estas normas comunes, se añaden disposiciones especiales propias de cada vicio del consentimiento.

Así, el error es reglamentado en primer lugar, con sus dos objetos posibles que el artículo 1110 (ant.) del Código civil contempla desde 1804: la sustancia de la cosa y la persona del cocontratante (art. 1112). A su vez, la cualidad esencial sobre la que la equivocación ha tenido lugar es aquella en consideración de la cual las dos partes han contratado (cualidad convenida) o que, contemplada por una, ha sido puesta en conocimiento de la otra (¿cualidad entrada en el campo contractual?). Conforme a una jurisprudencia consolidada, desarrollada en materia de venta de obras de arte, se considera que la aceptación de un azar relativamente a una cualidad de la cosa impide el error (art. 1112.1, p. 2). Son recogidas igualmente otras soluciones, ampliamente aprobadas, que consideran los errores de derecho y de hecho como equivalentes y rechazan, después de un análisis de los comportamientos respectivos de las partes, la toma en consideración del error inexcusable (art. 1112.3). Con un espíritu vecino, el simple error sobre el valor o sobre los motivos es considerado indiferente de acuerdo con las condiciones establecidas por la jurisprudencia a través de una larga evolución pretoriana (art. 1112.4).

En el terreno del dolo, las propuestas establecen la ampliación de la definición clásica del vicio que se extrae del artículo 1116 (ant.) del Código civil a la reticencia dolosa (art. 1113.1), la cual presenta un interés práctico superior y permite establecer un vínculo con la obligación de información precedentemente organizada (art. 1110). Las relaciones entre las dos nociones son incluso clarificadas, puesto que se enuncia que, cuando la intención de engañar falta, el incumplimiento de tal obligación sólo determina la responsabilidad de aquel con el que estaba obligado. En virtud del principio consistente en que el dolo que no emana del cocontratante queda sin efecto sobre la validez del contrato, el artículo 1113.2 aporta algunas adaptaciones, a veces conocidas, a fin de tener en

cuenta la posible intercesión de un tercero en la conclusión de la convención. Al dolo de una de las partes se asimila el de su representante, gerente de negocios, encargado o garante. Además, el artículo 1113.3 prevé que el error que resulta del dolo será más fácilmente sancionado que un error espontáneo, puesto que se considerará siempre excusable y producirá la nulidad incluso cuando incida sobre el valor exclusivamente o sobre simples motivos. Sin embargo, el texto reserva esta extensión al único caso de error «provocado» por dolo, lo que, *stricto sensu*, no será generalizable a la reticencia dolosa. Tácitamente, la disposición conduce a ratificar la jurisprudencia *Baldus* (Cas. Civ. 1.^a, 3 de mayo de 2000, *Bull. civ.*, I, núm. 130), si, al menos, se quiere hacer una lectura literal.

Queda la violencia. Respecto de ella, los textos propuestos recogen, en lo esencial, las disposiciones actuales del Código civil (arts. 1111 a 1114 ant.). Se han realizado solamente algunas adaptaciones a fin de tener en cuenta, principalmente, los ajustes que la jurisprudencia había diseñado ya a propósito del empleo ilegítimo de una vía jurídica. La innovación real proviene de la consagración de la idea de explotación abusiva de una situación de debilidad provocada por un estado de necesidad o de dependencia. La oportunidad de retener en este caso la violencia, recientemente debatida, se encuentra reconocida bajo la forma de un nuevo artículo 1114.3 que precisa igualmente los criterios en función de los cuales este caso particular de violencia será apreciado.

VALIDEZ – CAPACIDAD Y PODER (ARTS. 1116 A 1120.2)

JEAN HAUSER, GUILLAUME WICKER

La capacidad de los sujetos de derecho ha sido tratada extrañamente por los autores del Código civil a propósito de la conclusión de los actos jurídicos. Había que ver únicamente el lado activo de la capacidad en el momento que nuestra sociedad, cuidadosa alguna vez exageradamente de los principios, ve más bien el lado pasivo del tema. La capacidad es en primer lugar una cuestión de Derecho de las personas. Así, puede preguntarse si el § 1 del proyecto sobre la capacidad de goce no encontrará su lugar en los artículos faros del Código, en adelante los artículos 16 y siguientes, antes que en los artículos dedicados al derecho de obligaciones. La noción de «capacidad natural» es ahora familiar para la doctrina en estas materias y merecería un lugar aparte.

Por eso, y a falta de una reforma global del Código, no era inútil afirmar el vínculo de la capacidad de goce con la propia persona y

mencionar las escasas incapacidades de goce que pueden afectar a ciertas personas, esencialmente se remarcará (art. 1116.2) por razones limitadas de oposición de intereses. Al mismo tiempo no era tampoco inútil mencionar la capacidad de goce especial de las personas jurídicas, sobre la cual el Código no se pronunciaba, precisando el contenido de esta capacidad en una fórmula de la que la jurisprudencia podría obtener beneficio. El texto podría constituir el comienzo de una teoría general de la capacidad de las personas jurídicas que encontraría su lugar en un Código civil modernizado donde estas personas, aparecidas después del Código de 1804, tendrían, en fin, el estatuto que merecen. Por tanto, los efectos de la aparición de una incapacidad de goce de una de las partes durante un contrato justificaba también una precisión.

Lo esencial debía ser dedicado, evidentemente, a las incapacidades de ejercicio. El artículo 1117, que afirma el principio y la excepción, habría podido ser integrado precisamente, puesto que se trata de un principio general que sobrepasa mucho la conclusión de los actos jurídicos. Dos consecuencias prácticas se desprenden de ello. Era, sobre todo, la ocasión para establecer, al menos teóricamente, la posibilidad de organizar una futura pérdida de la incapacidad de ejercicio, prevista por el proyecto de reforma del derecho de las incapacidades, en vía de adopción, bajo la apelación de mandato de protección futura.

Era pues la ocasión de reafirmar y generalizar lo que los textos y la jurisprudencia han establecido progresivamente: la capacidad residual de la persona protegida por los actos conservativos, los actos permitidos por la ley o el uso y los actos relativos a la persona. Sobre este último punto, particularmente delicado, ha parecido deseable precisar la necesaria distinción entre las consecuencias personales de estos actos, sometidos al principio de autonomía, y las consecuencias patrimoniales que siguen en la esfera de la representación. La jurisprudencia habrá de precisar inevitablemente esta frontera.

Ha parecido necesario precisar el efecto de la incapacidad que resulta de la minoría y el estatuto legislativo es por ello sensiblemente reforzado. Las condiciones de la rescisión por lesión y sus efectos son bastante netamente precisados así como el derecho a solicitar la nulidad de las diferentes partes del acto jurídico. La limitación de este derecho a solicitar la nulidad o rescisión podría indirectamente favorecer una cierta extensión de la teoría de los actos corrientes por lo que los terceros contratantes se encontrarían mejor garantizados contra eventuales acciones de restitución de la persona protegida.

La instauración de un importante dispositivo legislativo a propósito de la representación traduce el cuidado de precisar una técnica finalmente bastante poco estudiada, con el pretexto de que toda representación parecería un mandato, lo que es ciertamente falso para la representación legal o judicial y ha provocado importantes confusiones, incluyendo la jurisprudencia. Así se encuentra precisada la misión del representante eventual en función de las categorías de actos a realizar en defecto de precisiones suficientes en el acto que establece la representación. Los propios efectos de la representación sobre los poderes del representado son detallados distinguiendo, lo que no era siempre claro, entre los efectos de la representación legal o judicial y los efectos de la representación convencional. En esta última se afirma el principio de que no se puede acordar una representación contra sí mismo a reserva de observar una lealtad mínima hacia el representante designado.

La recuperación, generalizándolas, de las normas de la oposición de intereses, bien conocidas por los especialistas del derecho de las incapacidades, debería dar nacimiento a una verdadera teoría general, jamás construida, ya que la hipótesis concierne a todas las diversas formas de representación y no solamente a los casos de representación de un incapaz.

Como se ha destacado al principio la cuestión de la capacidad es una parte del Derecho de las personas más que una parte del Derecho de las obligaciones. La capacidad para ser parte en una relación obligatoria sólo es un elemento de la cuestión más amplia de la capacidad de la persona para participar en la vida jurídica en general y en la vida contractual en particular. El proyecto limitado sólo al derecho de obligaciones deja entera la cuestión de una reforma global del Código civil, pues la generalidad de este aspecto permanece simbólica.

VALIDEZ – OBJETO (ARTS. 1121 A 1123)

JÉRÔME HUET, RÉMY CABRILLAC

En su estado actual, el objeto del contrato figura en una Sección 3 del Capítulo II del Libro III, titulado «Del objeto y de la materia de los contratos», que comprende cinco artículos (1126 a 1130). Los textos en cuestión son en lo esencial herederos de Pothier y Domat habiendo poco que decir sobre esta cuestión del objeto.

El objeto es poco evocado en las codificaciones recientes, oficiales u oficiosas. El *Código civil de Québec*, por ejemplo, sólo le

dedica dos artículos (1412 y 1413). Los *Principios del Derecho europeo de los contratos* y el *Código de la Academia de los iusprivatistas europeos* sólo evocan al contenido del contrato.

Una cuestión preliminar debía ser zanjada, la del mantenimiento o no de la noción de objeto. Este mantenimiento, así como el de las exigencias que derivan de ello, ha parecido necesario, en razón de las consecuencias importantes que proceden de ello, de lo que da testimonio una jurisprudencia abundante de estos últimos años, en concreto sobre las cuestiones de existencia o licitud del objeto, o incluso la determinación del precio. Además, la noción de contenido del contrato que la ha sustituido alguna vez no parece presentar una precisión suficiente para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales.

En consecuencia, el proyecto propone dedicar al objeto del contrato una sección 3 del capítulo II del subtítulo I del título III, titulado «Del objeto», comprendiendo diez artículos (1121 a 1123). Y, en esta sección, la terminología tradicional ha sido conservada en la medida que se ha podido hacer, siendo adaptada a la nueva distinción de las obligaciones propuestas por el proyecto: dar, dar en uso, hacer o no hacer (art. 1121).

Los textos existentes necesitaban, sobre todo, un encaje. Convenía modificar integrándolo en el artículo 1121 el actual artículo 1127 que implica la obligación de dar en uso, reconocida en lo sucesivo como tal por el proyecto. Además, el actual artículo 1130, p. 2, relativo a la prohibición de los pactos sobre sucesión futura, ha sido suprimido, no teniendo verdaderamente su sitio en la teoría de las obligaciones.

El actual artículo 1128 relativo a las «cosas fuera del comercio», cuya célebre fórmula forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido conservado. Se ha preferido mantenerla antes que establecer una lista detallada de las cosas fuera del comercio, lo que habría sido arriesgado e inevitablemente incompleto. El sentido del texto es a la vez suficientemente amplio y preciso, como testimonia la jurisprudencia. Figura casi intacto en el artículo 1121.1.

Igualmente, la posibilidad de que una cosa futura constituya el objeto de una obligación ha sido conservada (art. 1121.2, p. 3).

Un artículo que anuncia las cualidades necesarias para el objeto, a modo de transición, ha sido añadido: el objeto debe ser lícito, posible y existir en el momento de la formación del contrato (art. 1121.2). Igualmente, ha sido añadido un artículo precisando las sanciones, en concreto para distinguir entre la ilicitud del objeto, afectado por nulidad absoluta, y la ausencia del objeto (art. 1122).

Más allá de estas modificaciones, las principales innovaciones contenidas en el proyecto se refieren a los tres puntos siguientes:

1.º Alcanza a un elemento esencial del contrato: la jurisprudencia que ha culminado con la sentencia *Chronospost* debía ser incorporada en el Código civil. Incluso si ha sido pronunciada bajo el visado del artículo 1133 relativo a la causa, concierne más al objeto y figura en lo sucesivo en el artículo 1121, párrafo 3.

2.º Determinación del objeto: la cuestión ha suscitado controversias doctrinales e iniciativas jurisprudenciales sobre las que es inútil volver. Parece juicioso mantener el principio de determinación en los propios términos del Código, añadiendo solamente, para explicitarlo, que la exigencia tiene por objeto que una de las partes no quede a merced de la voluntad de la otra (art. 1121.3). Pero ha parecido necesario plantear dos series de excepciones a este principio. La primera se refiere al caso del contrato-marco, especialmente en materia de distribución. La disposición considerada ofrece a los contratantes una cierta libertad, con la reserva de un eventual control judicial *a posteriori*, solución inspirada en las sentencias de la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación de 1 de diciembre de 1995 (art. 1121.4). La segunda es propia de los contratos que, como el arrendamiento de obra o el mandato, comportan una obligación de hacer cuyo alcance no puede ser fijado desde la celebración del contrato: la disposición considerada se inserta en la línea de la jurisprudencia actual (art. 1121.5).

3.º Falta de equivalencia de las prestaciones: la falta de equivalencia de las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo sólo es actualmente establecida en el Código civil en una disposición relativa a los vicios del consentimiento. Esta opción es criticada por la mayoría de la doctrina y ha parecido que el tema tenía su lugar en lo sucesivo en la sección relativa al objeto (art. 1122.1) o una disposición específica es en lo sucesivo dedicada a las cláusulas abusivas.

Pero, para evitar todo riesgo de ambigüedad, el caso de falta de equivalencia de las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo que tiene lugar después de la ejecución del contrato ha sido reenviado a las disposiciones relativas al efecto de las convenciones que figuran en el capítulo III.

VALIDEZ – CAUSA (ARTS. 1124 A 1126.1)

JACQUES GHESTIN

Artículo 1124. Se trata de afirmar que, conforme a nuestra tradición jurídica, una causa real y lícita es una condición de vali-

dez del contrato. Esta opinión implica, sin embargo, evitar los dos escollos opuestos a una definición exageradamente restrictiva, que le privaría de todo interés práctico, o demasiado extensiva, que implicaría un ataque a la seguridad jurídica.

La causa del compromiso es tomada en cuenta. Esta formulación relativamente nueva evita, principalmente, utilizar las denominaciones, contestadas por algunos, y sin duda contestables, de la causa de la obligación, llamada objetiva y abstracta, opuesta a la causa del contrato, denominada subjetiva y concreta. Se ha observado especialmente que, desde el instante que basta, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Casación, que una de las partes haya perseguido un fin ilícito o inmoral para justificar la anulación del contrato, aunque la otra lo haya ignorado, parece difícil reservar a esta noción la calificación de causa del contrato por oposición a la causa de la sola obligación de una de las partes. Además, en tanto que «manifestación de voluntad (oferta o aceptación) por la cual una persona se obliga» (*Vocabulaire juridique*, ss. dir. G. Cornu), el compromiso parece más apto para designar el acto que da nacimiento al contrato comprendido como una operación jurídica, incluso económica, global y no solamente, de manera analítica, como una o varias obligaciones yuxtapuestas.

El artículo 1124 hace de la causa una noción unitaria. Es la justificación del compromiso, dicho de otra manera, la razón por la cual el Derecho positivo le reconoce efectos jurídicos (lo que algunos autores llaman, dándole este sentido, la «causa eficiente»). Conforme a la tradición del Derecho canónico, la obligación nace por la sola voluntad del obligado a condición de poner una causa que la explica y la justifica. Nosotros veremos que definiendo la causa como la contrapartida convenida, para apreciar su realidad en los contratos a título oneroso, el proyecto toma en consideración, al menos implícitamente, la «causa final» del compromiso, que es el interés perseguido.

La exigencia de una causa real y lícita distingue sus dos funciones: control de la existencia y de la licitud de la causa cuyas sanciones específicas son precisadas en el artículo siguiente.

Artículo 1124.1. La naturaleza relativa o absoluta de la nulidad corresponde a las dos funciones de la causa. En ausencia de causa del compromiso, es decir, según el artículo 1125 del proyecto, cuando «desde el origen, la contrapartida convenida es ilusoria o irrisoria», sólo se trata de «la salvaguarda de un interés privado» (art. 1129-1, p. 2), lo que reserva a la parte protegida la facultad de demandar la anulación o confirmar el acto (art. 1129.1, p. 3). Cuando la causa del compromiso es ilícita, es decir, según el artículo

lo 1126, «cuando es contraída, por al menos una de las partes, con un fin contrario al orden público, a las buenas costumbres o, más generalmente, a una norma imperativa», «la salvaguarda del interés general» (art. 1129.1, p. 1) impone que la anulación pueda ser «invocada por cualquier persona que justifique un interés, así como por el Ministerio Público» y que pueda «también ser acogida de oficio por el juez» (art. 1129.2).

Artículo 1124.2. Este texto reproduce en sustancia el artículo 1132 del Código civil precisando el sentido que le ha dado hoy en día una jurisprudencia y doctrina unánimes.

Artículo 1125. 1) El primer párrafo es esencial. Recuerda en primer lugar que la causa es la justificación del compromiso y que debe ser real. Precisa luego que la apreciación de la realidad de la causa debe hacerse en el momento de la formación del contrato. La causa, condición de validez, es así expresamente limitada a ésta, con exclusión de la ejecución del contrato, cuyo equilibrio es preservado por otras vías. En fin, y sobre todo, determina, conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal de Casación, las condiciones de la ausencia de causa: es preciso y suficiente que la contrapartida convenida sea ilusoria o irrisoria. Sobre esta definición reposa el equilibrio entre la justicia contractual y la seguridad jurídica.

El artículo 1102.1, párrafo 1 del proyecto dispone que «el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes entiende recibir de la otra una ventaja en contrapartida de lo que ella procura». En este contrato el compromiso de cada parte debe estar así justificado por «una ventaja», es decir, la satisfacción de un interés que es la causa final. Para precisar ésta, es preciso, de una parte, rechazar una abstracción excesiva, no teniendo en cuenta los móviles propios de cada parte que han determinado concretamente las voluntades de cada una en la búsqueda de su interés particular, y, de otra parte, preservar el carácter de procedimiento bilateral del contrato rechazando hacer depender su validez de motivos personales que no han sido integrados en lo que es denominado frecuentemente el «campo contractual» y que es preferible definir, de manera más precisa, como la contrapartida convenida. En efecto, para que el carácter contractual de la causa sea efectivo, el motivo determinante de una de las partes debe no solo ser conocido, no solo haber sido tomado en cuenta por la otra parte, sino que debe formar parte de la definición contractual del objeto de la contrapartida. Se trata del objeto de la obligación o de la prestación prometida —o ejecutada cuando la ejecución es concomitante de la formación— por la otra parte.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación muestra que por la interpretación, muy generalmente subjetiva (búsqueda de la común intención de las partes) y excepcionalmente objetiva (determinación autoritaria del contenido del contrato), la contrapartida convenida es en primer lugar precisada. A partir de esta realidad, es decir, de que no sea ilusoria ni irrisoria, depende la apreciación de la existencia o de la ausencia de la causa del compromiso del demandante de la anulación.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación muestra igualmente que determina, siempre por vía de interpretación, el perímetro en el interior del cual debe ser apreciada la realidad de la contrapartida convenida. Si el Tribunal de Casación no admite la necesidad de una contrapartida propia para cada obligación nacida del contrato, incluso de cada cláusula de éste, en cambio, toma a menudo en consideración un conjunto de contratos indivisibles. La ausencia de objeto real de la contraprestación estipulada en uno de ellos, por ejemplo un precio puramente simbólico, no justificará la anulación por ausencia de causa, si se establece que el demandante se beneficia paralelamente de una contrapartida convenida por el cauce de otro contrato indivisible. El control de la realidad de la causa sobrepasa así en la práctica el de la existencia del objeto de la contraprestación.

2) El segundo párrafo se dirige a confirmar la jurisprudencia *Chronopost* y las sentencias que la han aplicado. Pone en marcha, sin que parezca oportuno decirlo expresamente, una necesidad lógica de coherencia. Su eventual relación con un «principio» de coherencia será el papel de la doctrina.

Artículo 1125.1. Conforme a lo admitido por una jurisprudencia constante y una doctrina unánime, es necesario asimilar a «la entrega de la cosa o de los fondos al que se obliga» la que es hecha a un mandatario de este último, o incluso a un tercero desde el momento que su designación resulta de la convención.

En Derecho romano, el prestatario que no había recibido la suma de dinero que estaba obligado a reembolsar, o que sólo había recibido una parte, podía utilizar la *querella non numeratae pecuniae*. La obligación de restituir está ligada a la entrega de la cosa que era igualmente una condición, heredada del Derecho romano, de formación de los contratos reales. Esta categoría de contratos es actualmente, con razón o sin ella, contestada en su propio principio y la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Casación tiende a excluir los préstamos consentidos por los establecimientos financieros, que era hasta el presente uno de los ámbitos predilectos de la nulidad por ausencia de causa. El artículo 1102.5 del proyecto

sólo define el contrato consensual y el contrato solemne. Es verdad que el contrato real no era anteriormente definido en el Código civil y que su consagración por la jurisprudencia es deducida de la definición de un cierto número de contratos especiales tales como el préstamo de uso (art. 1875), el préstamo de consumo (art. 1892), el depósito (art. 1919) y la prenda (art. 2071).

En cuanto a la causa, en todo caso, es de hecho la del compromiso de restitución que es específica en los contratos reales. Se admite, en efecto, por la jurisprudencia y una doctrina muy mayoritaria, que la entrega de la cosa es la causa de la obligación de restitución, en el motivo, destacado por un autor (G. Rouhette, *Contribution à l'étude de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, núm. 147, p. 467), que «es de simple buen sentido que no hay que restituir una cosa que no ha sido entregada». Un semejante compromiso estaría desprovisto de justificación.

Es frecuente que un precontrato, una promesa de contrato, fije las modalidades esenciales del contrato real a concluir por la entrega de los fondos o de la cosa, tales como, por ejemplo, la remuneración del depositario o, en el préstamo de dinero, el tipo de interés y la fecha de restitución. El artículo 1106 del proyecto trata de manera general de «la promesa unilateral de contrato... por la cual una parte promete a otra, que acepta el principio de darle la exclusividad para la conclusión de un contrato en el que los elementos esenciales son determinados, pero para la formación del cual hace falta solamente el consentimiento del beneficiario» (párrafo 1.º). Contrariamente a la jurisprudencia actual del Tribunal de Casación, pero conforme a una doctrina muy mayoritaria, establece la prohibición para el promitente, «durante el tiempo dejado al beneficiario para expresar su consentimiento», impedir por una retractación «la formación del contrato prometido» (párrafo 2.º) y la inoponibilidad «al beneficiario de la promesa» del «contrato concluido con un tercero» (párrafo 3.º). Este texto, a pesar de su alcance general, puede no parecer directamente aplicable a todas las promesas de concluir un contrato real, especialmente un préstamo, en el que la formación se realizará posteriormente por la entrega de los fondos o de la cosa. Estas promesas son en efecto a menudo sinalmáticas y no unilaterales, no tienen por objeto la exclusividad de concluir un contrato y, en fin, no es «el consentimiento del beneficiario» que «hace solamente falta», sino la entrega de los fondos o de la cosa, lo que es diferente. Parece, sobre todo, posible deducir, por analogía, incluso *a fortiori*, que la promesa de concluir un contrato real impone, en las condiciones que determina, la entrega de los fondos o de la cosa que formará éste. Basta precisar aquí que este precon-

trato sólo es válido por sí mismo si «el compromiso tiene una causa real y lícita que lo justifica» (art. 1124).

Artículo 1125.2. En los contratos sinalagmáticos conmutativos, es excepcional que la contrapartida sea convenida en beneficio de un tercero. Así es, sin embargo, cuando ésta es definida en un conjunto contractual, por ejemplo para justificar la existencia de una contrapartida real a la venta de un terreno mediante un franco simbólico, porque era sobre éste que estaba construida la fábrica de una sociedad de la que el vendedor era uno de los accionistas y de la que el comprador asumía el pasivo. Las sentencias del Tribunal de Casación, que consideran esta contrapartida como la causa del compromiso contestado, manifiestan el interés indirecto del deudor a ésta sin hacerla, sin embargo, una condición de la validez del contrato.

Como el texto precisa, es potencialmente aplicable al conjunto de las estipulaciones por otro. En la práctica, es principalmente en materia de garantías que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión. La contrapartida convenida en beneficio de un tercero en la fianza, por ejemplo, puede ser definida como el crédito o toda ventaja consentida por el acreedor al deudor principal y subordinada a la provisión de esta garantía. Esta ventaja convenida puede exceder, según la común voluntad de las partes, a la entrega inmediata de los fondos por el banco sobre la cuenta del tercero y comportar, por ejemplo, su compromiso correlativo de mantener durante un plazo más o menos determinado, pero determinable, un cierto concurso financiero. La fianza estaría falta de causa real cuando apareciese, especialmente por una clausura inmediata de cuenta, que, desde la formación del contrato, el banco no tenía por objeto tener una garantía en caso de insolvencia del deudor principal sino solamente sustituir a este último un deudor solvente. La contrapartida convenida sería en efecto ilusoria (V. Ph. Simler, *Juris-Classeur Civil*, Fasc. 20: *Contrats et obligations –Cause– Role pratique*, 15 de junio de 2002, núm. 33, texto y jurisprudencia citada).

El artículo 1125.2 quiere precisar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación, principalmente respecto de la fianza, la ventaja consentida al deudor principal constituye la causa necesaria y suficiente del compromiso del fiador, independientemente del interés moral o material perseguido por éste en razón de sus relaciones con este deudor.

Artículo 1125.3. Contrariamente a una fórmula frecuentemente utilizada, comprendida por el Tribunal de Casación, no es la ausencia de azar la que permite caracterizar, en estas convenciones, una ausencia de causa. Los contratos sinalagmáticos aleatorios,

especialmente la venta de un bien mediante el pago de una renta vitalicia, sólo son anulados por ausencia de causa por la constatación de que, desde la formación del contrato, la ausencia de azar hacía ilusoria o irrisoria, para uno de los contratantes, la contrapartida convenida. Así acontece en particular cuando el montante de la renta es inferior a los ingresos del bien cedido o cuando la esperanza de vida del rentista, conocida por la otra parte, hace irrisoria, desde el origen, el montante de las rentas a pagar.

Artículo 1125.4. La cuestión radica en saber si la causa en las liberalidades, y más especialmente en los testamentos que no son contratos, debe ser tratada en esta sección, sea directamente, sea por reenvío a las disposiciones especiales de las liberalidades. El hecho de que las disposiciones relativas a la licitud y la moralidad de la causa sean comunes a las dos categorías de actos aboga a favor de una definición de la existencia de la causa en los actos a título gratuito, enunciada paralelamente a la de los actos a título oneroso.

La fórmula propuesta se inspira en el artículo 911 del proyecto del Decano Jean Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint Affrique y Georges Morin, sobre las liberalidades.

Según el artículo 1102.2, párrafo 2 del proyecto, «el contrato es a título gratuito cuando una de las partes quiere procurar a la otra una ventaja sin recibir contrapartida». En primer lugar, la intención liberal abstracta es la que permite calificar los actos a título gratuito: donaciones y, *a fortiori*, liberalidades testamentarias (párrafo 1.º). Se deduce igualmente que la existencia de la causa no puede depender en las liberalidades de la contrapartida convenida. El párrafo segundo toma entonces en consideración, a título de justificación del compromiso, el interés –esencialmente moral en las liberalidades– en la ausencia de contrapartida material, que es la causa final de él. El imperativo de seguridad jurídica destinado a proteger a la otra parte en los contratos a título oneroso no tiene la misma intensidad respecto del beneficiario de una liberalidad, lo que autoriza a retener aquí, como justificación y causa del compromiso, el motivo que ha determinado al disponente.

Examinando las donaciones y «los otros contratos en los que uno solo hace o da y donde otro no hace y no da nada», Domat observaba ya que «el compromiso del que da tiene su fundamento sobre un motivo razonable y justo, como un servicio dado, o algún otro mérito del donatario, o el único placer de hacer el bien». Este motivo, añadía Domat, «tiene lugar a causa de la parte del que recibe y no da nada» (Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.ª parte, título 1, sección 1, p. 235).

Artículo 1126. Este artículo se dirige a confirmar el estado actual de la jurisprudencia en la materia, que parece satisfactorio. Significa, en concreto, que el fin ilícito perseguido por una de las partes basta para imponer, a fin de «la salvaguarda del interés general» (art. 1129-1, p. 1 del proyecto), la nulidad absoluta del contrato por ausencia de causa lícita, sin que haya que buscar si la otra parte había perseguido el mismo fin o si tenía conocimiento de él.

En cambio, este texto no prejuzga el contenido del orden público o de las buenas costumbres, especialmente en cuanto a las liberalidades consentidas a fin de favorecer relaciones adulteras.

Artículo 1126.1. Las restituciones consecutivas a la anulación retroactiva del contrato son regidas por las disposiciones generales de los artículos 1162, párrafo primero y 1162.3 del proyecto. El artículo 1126.1 trata de corregir la injusticia que podría resultar del daño causado a la parte inocente por la anulación del contrato. Aplica a este caso particular el artículo 1162 del proyecto según el cual «cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes éste debe además» (además de las restituciones) «indemnizar al otro de todos los daños». Precisa, sin embargo, las condiciones de esta indemnización. Según su párrafo primero («con ignorancia del otro»), claramente precisado por su párrafo segundo, el simple conocimiento del fin ilícito basta para excluir, incluido para la parte que no perseguía ella misma tal fin, toda reclamación de una indemnización del perjuicio causado por la anulación del contrato.

VALIDEZ- FORMA (ARTS. 1127 A 1128.2)

PIERRE CATALA

En el capítulo que trata de las condiciones esenciales para la validez de las convenciones, el Código civil no contenía ninguna disposición relativa a la forma. Esta tiene su sede principalmente en el capítulo de la prueba y, esporádicamente, en los textos que regulan la oponibilidad de las convenciones. En cuanto a las formas requeridas para la validez, se las encuentra especificadas, acto por acto, y varían de uno a otro, pasando de la escritura manuscrita al escrito simple en documento privado y a la forma auténtica. Nadie duda, sin embargo, que en el Derecho francés el consensualismo constituye el principio y el formalismo la excepción. ¿Era preciso, por ello, insertar en la parte del Anteproyecto dedicada a la formación de los contratos una sección dedicada a su forma? Siguiendo este camino, estábamos solos, puesto que el Código

européo propuesto por la Academia de Pavía destina su Título IV a las formas del contrato (arts. 34 a 38).

Existía en este sentido un argumento determinante: la equivalencia de la escritura electrónica con las escrituras tradicionales, reconocida por las Leyes 2000-230 de 13 de marzo de 2000 y 2004-75 de 21 de junio de 2004.

La historia reciente de la escritura electrónica es seductora por varios rasgos. En atención a una primera Directiva europea, el Código civil debe reconocer la fuerza probatoria de la escritura y de la firma electrónica. Se ha admitido el principio y planteada las condiciones en los nuevos artículos 1316 a 1316.4, procedentes de la Ley de 13 de marzo de 2000. Se trata entonces solo de un formalismo *ad probationem*, que no reconocía la validez de la forma electrónica para los actos en que el escrito era exigido con sanción de nulidad. Pero la misma Ley, en el artículo 1377 nuevo, prevé que el acto auténtico «puede ser redactado en soporte electrónico, si es establecido y conservado en las condiciones fijadas por Decreto del Consejo de Estado». Luego, si bien los actos auténticos figuran en el capítulo de la prueba en el Código civil, es claro que el formalismo de la autenticidad exige la escritura con sanción de nulidad y no solamente a los fines de prueba. El artículo 1317, párrafo 2 prefiguraba así, para la escritura electrónica, el paso del formalismo *ad probationem* al grado superior del formalismo *ad validitatem*.

Esto es lo que hace la Ley de 21 de junio de 2004 sobre la economía numérica que integra en el Derecho francés la Directiva europea relativa al comercio electrónico. Dos nuevos artículos, el 1108.1 y el 1108.2, aparecen en el Código civil en el capítulo de las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. El formalismo en lo sucesivo hacia su entrada con el rango de las denominadas condiciones, mereciendo entonces, como marco de acogida, una sección particular del Anteproyecto donde los dos artículos citados aparecen en los números 1127.2 y 1127.3.

El primero de estos textos dispone que cuando un escrito electrónico es exigido para la validez de un acto jurídico, puede ser establecido y conservado en forma electrónica en las condiciones previstas en los artículos 1316.1 y 1316.4 del Código civil (o sea, 1285.1 y 1286 del Anteproyecto). Resulta de ello una identidad de la forma solemne y de la forma probatoria: una misma forma puede servir para varias finalidades. Se sabe ya por la relación de textos: la forma auténtica, requerida con la sanción de nulidad en las donaciones, lo es a fines de oponibilidad en las transacciones inmobiliarias. Con respecto a esta polivalencia, importa que la ley precise el

fin de la forma que prescribe: tal es el sentido del artículo 1297 del proyecto que retoca al artículo 1426 del Código civil.

La sección propuesta no tiene como única razón de ser una estructura de acogida para las nuevas tecnologías de la escritura. Su propósito es más general.

El artículo 1127 proclama con términos expresos el principio del consensualismo. El artículo 1127.4, en coherencia con la sección vecina de las nulidades, dispone que el régimen de la acción de nulidad por defecto o vicio de forma depende de la naturaleza de los intereses que la forma quiere proteger. Aplica así un principio general enunciado por el artículo 1129.1, al que obedecen paralelamente los artículos 1122 (objeto) y 1124.1 (causa).

El artículo 1127.5 confirma que existe, al lado de las formas solemnes, formas requeridas con fines distintos de prueba o de oponibilidad, que quedan sin efecto sobre la validez de las convenciones.

El artículo 1127.6 plantea el principio del paralelismo de las formas que se aplica a los actos que modifican o abrogan una convención anterior. Su emplazamiento, al final del párrafo, hace pensar que vale para todas las manifestaciones del formalismo y no solamente para las formas exigidas con la sanción de nulidad.

El párrafo 2 de la sección 5 se limita a acoger bajo el signo de la forma electrónica los artículos 1369.1 y siguientes del Código civil, que la Ley de 22 de junio de 2004 sobre la economía numérica ha introducido en un nuevo capítulo del Código titulado «De los contratos en forma electrónica». Son textos de inspiración consumérista que rodean de formas protectoras las condiciones de la oferta y la aceptación para que el contrato sea válidamente concluido.

SANCIONES (ARTS. 1129 A 1133)

PHILIPPE SIMLER

Las disposiciones de esta rubrica están destinadas principalmente a la nulidad de los actos jurídicos (§ 1) y sustituyen a las de los artículos 1304 a 1314 actuales del Código civil, así como a los artículos 1338 a 1340. Se añaden, limitándose a una definición, tres artículos relativos a los conceptos de caducidad (§ 2), inoponibilidad (§ 3) y regularización (§ 4), que como tales no aparecían en el Código de 1804.

Este dispositivo ha encontrado naturalmente lugar al final del capítulo que trata de las condiciones de validez de las convenciones. Este lugar es seguramente más pertinente que el de los actua-

les artículos 1304 a 1314, a continuación de las causas de extinción de las obligaciones, *a fortiori* que la de los artículos 1338 a 1340, curiosamente situados en el capítulo que trata de la prueba de las obligaciones.

Además, los actuales 1304 a 1314 son en lo esencial (10 de los 11 artículos, e incluso, en parte, el 11) relativos a la hipótesis de la incapacidad. Esta reclama sanciones específicas, cuyo lugar está evidentemente en la rúbrica que le es propia (lo que deja entera la cuestión de la suerte de los textos actuales, que permanecerían en el Derecho positivo en esta medida, en la hipótesis de la adopción del presente proyecto).

En definitiva, las disposiciones de la presente sección son muy poco deudoras de la existente. Establecen, sin embargo, muy ampliamente, especialmente en lo que concierne a la teoría de las nulidades, las soluciones del Derecho positivo.

§ 1. *De la nulidad*

Los textos propuestos constituyen una consagración explícita de lo que se ha convenido en denominar la teoría moderna de las nulidades, por oposición a la teoría llamada «orgánica», que ha tenido un amplio éxito en el siglo XIX y que ha prevalecido, en algunos casos (por ejemplo, por ausencia de causa), hasta una época reciente. Esto resulta claramente del criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa propuesto en el artículo 1129.1, a saber: la salvaguarda, respectivamente, del interés general o de un interés privado. Sin embargo, se precisa que si el interés privado pone en cuestión un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad es absoluta.

El régimen de las nulidades así definido es conforme a las soluciones del Derecho positivo. La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona que justifique un interés y puede ser establecida de oficio por el juez; no es susceptible de confirmación y prescribe en el plazo de Derecho común. La nulidad relativa sólo puede ser invocada por aquel al que la ley protege y que puede renunciar a ella confirmando el acto viciado, expresamente o tácitamente, por ejemplo ejecutándolo con pleno conocimiento de causa; prescribe, salvo disposiciones particulares, en un plazo más breve, actualmente de cinco años, pero que puede ser situado en tres años.

En todos los casos, la nulidad es pronunciada por el juez. Pero se precisa, lo que parece a primera vista muy innovador, que las partes pueden constatarla de común acuerdo. En realidad, tal era ya

el caso, pero lo que queda sin decir, es mejor algunas veces que sea expresamente formulado. Si las partes de una convención válida pueden, de lo que nadie duda, renunciar por *mutuus dissensus*, cuanto más seguramente deben poder constatar la ineficacia de una convención viciada. El reconocimiento explícito de esta facultad tiene la virtualidad de incitarlas a evitar inútiles contenciosos. Ha sido descartada, por el contrario, la posibilidad de una anulación unilateral que sería simplemente notificada a la otra parte, teniendo entonces ésta la facultad de contestarla. Una solución semejante es propuesta para la resolución (art. 1158). Desde el momento en que la nulidad no puede ser objeto de la constatación mutua anteriormente evocada, el contencioso es inevitable y parece entonces más justo imponer la iniciativa al que demanda la nulidad que al que la contesta.

El proyecto tiende además a colmar la laguna del dispositivo legislativo relativo a la cuestión del alcance de la nulidad. Se sabe que la jurisprudencia había llegado a soluciones satisfactorias por una interpretación convergente, pero poco respetuosa con su letra, de los artículos 900 y 1172 del Código civil. Expresando la idea del *favor contractus*, el artículo 1130.2 del proyecto plantea en principio la nulidad parcial del acto del que una cláusula o un parte solamente está viciada, salvo prueba del carácter determinante de esta cláusula o parte. Este criterio subjetivo, requiriendo una búsqueda de intenciones, es, sin embargo, el mismo descartado en el caso en que la ley considera no escrita una cláusula o incluso si la finalidad protectora de la norma violada exige el mantenimiento del acto.

El carácter retroactivo reconocido a la nulidad, que induce el principio de restitución de las prestaciones ya ejecutadas, es conforme a las soluciones en vigor, reenviándola a una nulidad que trata de manera más precisa sobre las restituciones.

§ 2. *De la caducidad*

La caducidad existe y comporta numerosas facetas: caducidad de las liberalidades, en diversas circunstancias, caducidad de un acto dependiente de otro que es el mismo anulado o resuelto, caducidad del matrimonio, incluso en caso de cambio de sexo de un esposo... No puede ser asimilada a algún otro concepto, tal como la nulidad o la resolución. Merece, pues, un lugar en el Código civil.

Sin embargo, su definición es difícil. Si es fácil diferenciarla de la nulidad o de la resolución, lo es menos definirla positivamente. Sus causas son muy diversas. Sus efectos, además, son variables, puesto que es ya retroactiva, ya no. Aparece de alguna manera

como una forma residual de ineficacia para cualquier otra causa que la ausencia de una condición de validez o la inejecución. También se propone sólo insertar en el Código civil una definición, en unos términos suficientemente amplios para permitir abrazar hipótesis diversas.

§ 3. *De la inoponibilidad*

La definición de la inoponibilidad que se propone es la comúnmente admitida: distingue claramente las partes y los terceros, únicos protegidos por este concepto.

Es forzoso reconocer, sin embargo, que no está en armonía con su empleo, a menudo discutible en diversas situaciones. La formulación de una definición precisa podrá contribuir a útiles clarificaciones.

§ 4. *De la regularización*

Este concepto da lugar a observaciones parecidas. La regularización es mencionada por diversos textos legislativos. La definición que se propone tiene la virtud de permitir la aplicación en otras hipótesis, no expresamente previstas.

EFFECTO DE LAS CONVENCIONES, INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN (ARTS. 1134 A 1143)

ALAIN GHOZI

El capítulo 3 enuncia las normas aplicables a los efectos de las obligaciones. Las organiza en siete secciones con un orden lógico. Son así expuestos sucesivamente el contenido del acuerdo, la manera de interpretar, la calificación que resulta de ello, las diversas obligaciones que engendra, las normas propias para su ejecución o su inejecución y la resolución que puede resultar. Se enriquece con numerosas disposiciones nuevas capaces de regular problemas revelados por la práctica: algunas se encuentran implícitamente contenidas en las disposiciones de principio de la materia mientras que otras, por añadidura, son originales. Así, principalmente, el régimen de la facultad de retractarse, el tratamiento de las dificultades de ejecución por el hecho del cambio de las circunstancias económicas, el encuadramiento del comportamiento unilateral lícito, la determinación de los conjuntos contractuales en sus diversas for-

mas y la introducción de la obligación de dar en uso. De igual manera también la adecuación de la facultad de resolución unilateral en caso de inejecución del contrato, la clarificación del régimen de las cláusulas resolutorias, las restituciones después de la terminación del contrato. Y por lo que se refiere al efecto de las convenciones respecto a terceros, la promesa del garante y la estipulación por otro son también ordenadas; en fin, los principios de la cesión del contrato son afirmados. Cada uno de estos puntos merece algunas profundizaciones. Así, para comenzar, la fuerza obligatoria y la interpretación.

Los artículos 1134 y 1135 han constituido los ejes alrededor de los cuales los aspectos enteros de la relación contractual son ordenados: efecto obligatorio del compromiso, contenido de este compromiso y poder de las voluntades sobre él. Con la prolongación necesaria, en la sección 2, de las normas de interpretación de estos compromisos.

Sin cambiar esta arquitectura, que una práctica secular ha consagrado en sus principios, ha parecido oportuno enriquecerla en sus dos componentes: el contenido del compromiso, es decir, la aportación de la sección 1, y, en la sección 2, la articulación de la interpretación con la calificación.

Sobre el primer punto, dos innovaciones son impuestas: el poder de las voluntades de organizar su liberación y el de tratar las consecuencias de las dificultades de ejecución tan graves que hacen perder a la relación contractual su interés.

Régimen de la facultad de retractarse

El artículo 1134.1 aprehende explícitamente la posibilidad de retractarse: si esta facultad es lo más a menudo unilateral, no es extraño que sea bilateral, de tal manera que cada una de las partes tiene reservada la posibilidad de desligarse en función de su interés en el contrato. Prolongando el artículo 1134, esta disposición significa que no procede la retractación que no ha sido autorizada, en su existencia y sus condiciones de aplicación, por la convención de las partes, el uso o la ley según las circunstancias. Por vía refleja, invita a las partes a prever la retractación, reconocimiento de su poder sobre el compromiso que les obliga, sin excluir que pueda resultar del uso, como es el caso en ciertas prácticas del comercio, por ejemplo. El nexo intelectual con las disposiciones relativas a la extensión del compromiso es de esta manera mantenido. Incluso es reforzado por una ordenación de los textos hasta ahora mal dispuestos en el Código: así el artículo 1135, que establece la incorpo-

ración en el acuerdo de los complementos que le son aportados por la ley, el uso y la equidad, se encuentra prolongado lógicamente por el antiguo artículo 1160 que deviene el párrafo segundo: se debe en efecto suplir en el contrato las cláusulas que son usuales, aunque no sean expresadas en él.

Consecuencias de la sobrevenida de un desequilibrio grave en el curso de la ejecución

El poder de las partes es solicitado en otro ámbito: la prevención contractual de las dificultades de ejecución futura, o, en su defecto, la organización de una renegociación bajo el impulso del juez: es la aportación de los artículos 1135.1 y siguientes introducidos en nuestra legislación civil.

A los que no dejan de lamentarse por la ausencia del tratamiento de la imprevisión en el Derecho civil francés, es preciso recordarles que el contrato, acto de previsión por esencia, debe prever las dificultades y que no existe una solución mejor que la que ha sido negociada por las partes afectadas. Tampoco hace falta una alusión deliberada a la imprevisión. El éxito jamás desmentido del contrato de transacción como modo alternativo de resolución de los litigios y en nuestro tiempo las llamadas al desarrollo de la mediación como otro modo negociado de solución lo testimonian suficientemente. La práctica lo sabe bien, de manera que se estipulan cláusulas de renegociación en caso de sobrevenida de dificultades graves. También, situada en el centro del dispositivo, la negociación de las partes es una vez más solicitada, pero ha parecido necesario, sin embargo, encuadrarla cuando interviene en estas situaciones a considerar y el silencio de las partes y el fracaso de su negociación. Tal es la aportación de estas disposiciones.

Las partes son animadas a estipular cláusulas de renegociación de su contrato para el caso en que acontece que por efecto de las circunstancias el equilibrio inicial de sus prestaciones fue perturbado de tal manera que el contrato pierde todo interés para una de ellas (art. 1135.1). Prueba de la seguridad de las transacciones, la modificación está ligada a la pérdida del interés en el contrato, a la vez medida y prueba de la gravedad del desequilibrio. Homenaje a la virtud del contrato, la solución es negociada. En defecto de semejante cláusula, hipótesis que no hay que olvidar, la parte que pierde su interés en el contrato puede solicitar al juez, el Presidente del Tribunal de Gran Instancia, que ordene la negociación salvadora (1135.2). Y el fracaso, exento de mala fe, abriría a cada parte la facultad de solicitar la rescisión sin gastos ni daños (1135.3): desaparecido el

interés en el contrato, éste puede desaparecer. Implícitamente, el que tenga interés en el contrato, habrá de hacer las concesiones necesarias para conceder a su cocontratante el mínimo de ventajas para animarle a proseguir su relación contractual.

Con este dispositivo original, se hace eco a las disposiciones del artículo 900.2, teniendo en cuenta el carácter oneroso de la situación afectada; la unidad de inspiración de las soluciones aplicables a las consecuencias de los cambios de circunstancias es establecida así, prueba de la armonía del dispositivo.

Interpretación; actos unilaterales; conjuntos de contratos interdependientes

Así vivificadas, las disposiciones generales, en tanto que definen el contenido del compromiso, se prolongan lógicamente por las que se refieren a su interpretación, y como se ha dicho, por las relaciones que mantienen con la calificación: es la aportación de la sección 2.

Instrumento a disposición del juez para determinar el alcance del compromiso, las disposiciones relativas a la interpretación han sido actualizadas teniendo en cuenta la considerable aportación de la jurisprudencia, aquí todavía utilizada como el laboratorio de la prueba necesaria de la norma para la satisfacción de las necesidades de nuestro tiempo. También fiel al método del Código, se exponen de manera a la vez analítica y sucesiva los métodos de interpretación de la obligación y del acto, del acto unilateral (art. 1136, p. 2), luego del acto colectivo que cubre todas las decisiones y deliberaciones de un grupo (art. 1136, p. 3), otra novedad, a continuación del acto y del contrato, y en fin, otra novedad todavía del contrato, la del conjunto contractual (art. 1137, p. 2). De la suerte de las diferentes innovaciones de la práctica, en materia de acto colectivo y de montaje contractual principalmente, son en lo sucesivo formalmente evocadas por nuestro Derecho, y establecidas en el presente. Estas normas son felizmente completadas por las relativas a los efectos de los contratos interdependientes (arts. 1172 ss.), de tal manera que nuestro Código comporta en adelante un marco completo para estas innovaciones de la práctica, confiriéndolas así una previsibilidad y una claridad que les hacía falta hasta ahora.

Estas disposiciones innovan aún suministrando útiles de control del equilibrio contractual. Debido a que el contrato puede constituir un instrumento de avasallamiento, ha de ser interpretado de acuerdo con la razón, y también con la equidad. Procede buscar ante todo la razón de ser del compromiso, pues da la medida de lo

que las partes han querido, de su interés, voluntad que no puede desembocar en lo inequitativo (1139).

Control del unilateralismo lícito

En el mismo movimiento, el acto establecido bajo la influencia dominante de uno solo, hipótesis frecuente en los contratos de consumo, de adhesión, pero también en las relaciones de la distribución especialmente, debe interpretarse a favor del otro (art. 1140.1). Esta solución completa armoniosamente el dispositivo original de encuadramiento de la fijación unilateral del precio, otra innovación de nuestro Código: obliga a su autor a justificarse en caso de contestación (arts. 1121.4 y 1121.5). Por esta inversión de la carga de la prueba, las relaciones son reequilibradas; el titular del poder de actuar es constreñido a la moderación, puesto que sabe que debe justificarse sobre una simple contestación.

Calificación

Correlativamente, hay que paliar el silencio del Código en materia de calificación (arts. 1142 ss.). Es indispensable en el presente cuando la innovación contractual multiplica las figuras originales, basándose en el modelo del contrato innominado para concebir acuerdos innominados, es decir, *sui generis*. Los principios son enunciados, debiendo guiar al juez y limitar la incertidumbre de su intervención. En concreto, se ha establecido el mecanismo de la convención por reducción (art. 1143 nuevo). También se han tratado de articular estas disposiciones con las del nuevo Código de procedimiento civil. De la coordinación de estas nuevas normas, surge un verdadero cuerpo capaz de encuadrar la imaginación contractual para darle la seguridad que garantiza su desarrollo.

DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES (ARTS. 1144 A 1145)

DIDIER R. MARTIN

La clasificación de las obligaciones –o su especificación– es un ejercicio delicado. Hay que tener en cuenta que se dirige a expresar, con pocas palabras y figuras, los tipos generales a través de los que se ordenan, o a los cuales se conectan, a pesar de su extrema diversidad, las obligaciones legales o voluntarias. ¿Es la dificultad de la empresa que ha alejado a los que concibieron el Código civil

a arriesgarse? La experiencia de la enseñanza y de la práctica del Derecho demuestra, sin embargo, el interés mayor de un trabajo semejante que aclara la teoría de las obligaciones enriqueciéndola con los conceptos fundadores de su propio objeto.

Tradicionalmente, las obligaciones están repartidas en tres clases elementales. La que prescribe una acción, un hecho positivo: es la obligación de hacer. La que prescribe, a la inversa, una abstención: es la obligación de no hacer, anverso y antítesis de la precedente. La que, en fin, se denomina obligación de dar, a la que una corriente doctrinal niega la especificidad, pero que es, en realidad, irreductible a toda otra para expresar el deber que se asume de transferir un derecho real o personal. La finura del pensamiento da a entender hoy en día que entre los dos arquetipos (hacer / no hacer y dar) se insinúa una variedad mal diagnosticada hasta ahora y que conviene calificar (lo sería en razón de sus numerosas e importantes aplicaciones prácticas): la obligación de dar en uso cuya marca, exclusiva, es determinar el deber, para su beneficiario, de restitución de la cosa o de su equivalente en el término del uso convenido.

Estos tipos universales son ellos mismos susceptibles de características particulares o comunes que una clasificación de las obligaciones debe, en el segundo grado, reflejar. A este respecto, dos binomios mayores se imponen por su virtud –y su fuerza– estructural. El uno se refiere al objeto de la prestación: opone la obligación monetaria a la que no se refiere a una suma de dinero y que se denomina, por una clara abstracción, «en especie»: es que el dinero, medida y contrapartida universal de todo, no se presta al tratamiento jurídico común de los otros objetos de prestación. El otro se ordena sobre la finalidad de la obligación: pone frente a frente la obligación de resultado –producir la satisfacción prometida– y la obligación de medios, que es hacer lo mejor con una diligencia adecuada. Puro producto del genio jurídico nacional, esta distinción, que tolera matices intermedios, trasciende a las clases de obligaciones cuyo alcance regula.

Quedaba, por último, especificar tres variedades atípicas de obligaciones. La obligación de valor, en primer lugar, que se regula, en dinero, sobre el valor de un bien a su vencimiento o, en especie, sobre lo que conviene a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa. La obligación de seguridad, luego, que refleja, en una sociedad de precaución, la aspiración de una actividad de salvaguarda contractual de la integridad de la persona y de sus bienes. La obligación natural, en fin: deber de conciencia, que limita la frontera de lo jurídico y sólo debe su positividad eventual a la

buena voluntad del deudor; no es más que una prescripción virtual, una puntilla donde se agota el concepto mismo de obligación.

EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1152 A 1156.2)

LAURENT LEVENEUR, HERVÉ LÉCUYER

El capítulo III del título III será más lógicamente organizado comprendiendo una sección titulada «De la ejecución de las obligaciones» (cuestión que es actualmente tratada en dos secciones dedicadas a la obligación de dar, luego a la obligación de hacer o de no hacer). Esta sección vendrá después de la relativa a las diversas clases de obligaciones, y antes de las disposiciones que se refieren a la inejecución de las obligaciones, y antes de las disposiciones que se refieren a la inejecución de las obligaciones y la resolución del contrato.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR (ARTS. 1152 A 1153.1 NUEVOS)

No se ha propuesto modificar el gran principio de transferencia de propiedad por el solo intercambio de los consentimientos, que no plantea dificultades prácticas y que se encuentra además en los artículos 938 y 1583. Además, la redacción dada a los artículos 1152.1 y 1152.2 utiliza, para mayor claridad, las palabras remitir y remisión, en lugar de entregar y entrega (como en los actuales arts. 1136 y 1138), pudiendo ser ambiguos estos últimos términos: la entrega del actual artículo 1138 es en realidad la remisión, es decir, el hecho de poner la cosa a disposición del contratante. Los redactores del Código civil habían utilizado las palabras remisión (arts. 1603 ss.) y entrega como sinónimos. Se propuso sólo hablar de remisión.

Este principio de transferencia inmediata plantea además menos dificultades, ya que se permite siempre a las partes diferirla por una cláusula. Estas cláusulas están difundidas sobre todo en materia inmobiliaria. Conoce además algunas excepciones legales (ej., art. 1585 sobre la venta de cosas genéricas por medir). La redacción del nuevo artículo 1152 reserva estas hipótesis.

La obligación de conservar la cosa hasta la entrega aportando todos los cuidados de un buen padre de familia del famoso artículo 1137 actual es recogida por el artículo 1152.1. La mora y sus consecuencias sobre la carga de los riesgos (art. 1139 hoy en día)

están en el artículo 1152.2 y 1152.3. Los artículos 1140 y 1141 se encuentran en los números 1153.1 y 1153.

La obligación de conservar la cosa hasta la entrega aportando todos los cuidados de un buen padre de familia del famoso artículo 1137 actual es recogida en el artículo 1152.1. La mora y sus consecuencias sobre la carga de los riesgos (art. 1139 hoy en día) están en el artículo 1152.2 y 1152.3. Los artículos 1140 y 1141 se encuentran en los números 1153.1 y 1153.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER O DE NO HACER (ARTS. 1142 A 1145)

Una modificación radical es propuesta para la redacción del célebre artículo 1142. Se trata de tener en cuenta el hecho de que las excepciones y atemperaciones aportadas a la norma formulada por el actual artículo 1142 han devenido tan importantes que el principio puede en lo sucesivo ser presentado de una manera inversa, más conforme a la realidad. Especialmente desde que los textos (Ley de 5 de julio de 1972, luego 9 de julio de 1991) han establecido la multa, es muy difícil continuar proclamando que «toda obligación de hacer o de no hacer da lugar a la indemnización de daños perjuicios, en caso de inejecución por parte del deudor».

Sin duda la multa sólo es un procedimiento indirecto de coacción, lo que permite en general a la doctrina intentar conciliarla con el principio del artículo 1142, que sólo prohibiría la coacción directa sobre la persona del deudor. Pero no impide que la multa acompañe siempre a una condena del deudor de ejecutar en especie la obligación, y como el ámbito de la multa es muy vasto, no es ya posible dejar entender en el Código civil que la inejecución sólo daría derecho a la indemnización de daños y perjuicios al acreedor...

Además, se puede remarcar que la coacción directa es ella misma bastante a menudo posible: expulsión del arrendatario que debe restituir los lugares al término del arrendamiento, embargo-aprehensión de un mueble que el deudor debe entregar o restituir...

La nueva redacción propuesta para el artículo 1142 que se convierte en el artículo 1154 plantea el principio de la ejecución en especie cuando es posible (esto es una alusión directa al actual artículo 1184, que contempla, como alternativa a la resolución, la ejecución forzosa de la convención «cuando es posible»), y deja implícitamente a las leyes sobre el procedimiento (actualmente, esencialmente la Ley de 9 de julio de 1991 y el Decreto de 31 de julio de 1992) el cuidado de regular los procedimientos de coacción directa (ej., expulsión; embargo-aprehensión) o sobre todo

indirecta (multa) permitiendo obtener esta ejecución en caso de inejecución por parte del deudor.

Lo más delicado es expresar los límites del derecho a la ejecución forzosa por coacción directa, de una parte, y por medio de la multa, por otra parte, límites que reposan sobre la misma idea, pero parece con una intensidad diferente: no se puede constreñir por la fuerza a un empresario a efectuar los trabajos prometidos (ataque excesivo a la libertad individual), mientras que se le puede ordenar bajo multa; pero la multa cesa de ser posible si la prestación presenta un carácter eminentemente personal (el ejemplo clásico es el de la obra que un artista se obliga a realizar).

En cambio, la facultad de reemplazamiento de los actuales artículos 1143 y 1144 puede ser mantenida casi en el estado actual: pasa por una atenuación de la imposibilidad de la ejecución forzosa directa; es evidentemente compatible, *a fortiori*, con el nuevo principio establecido del derecho a la ejecución en especie, del que representa una modalidad. El nuevo artículo 1154.2 propuesto recoge en sustancia las disposiciones de los artículos 1143 y 1144 actuales.

En cuanto al artículo 1145 (indemnización de daños y perjuicios en caso de violación de la obligación de no hacer, sin mora), no se propone modificarla. Pero su contenido es integrado en el artículo 1154.1.

INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1157 S 1160.1)

JUDITH ROCHFELD

Las propuestas emitidas en el seno de esta sección están cimentadas en el estado de la materia, tal como proceden de los textos iniciales y de las aportaciones de la jurisprudencia (1). Tratan de paliar las lagunas existentes y de responder a las necesidades de evolución que han podido tener lugar hoy desde 1804 (2). Trazan, a estos fines, varias direcciones (3).

El estado de la materia

La materia de la inejecución de las obligaciones y de la resolución del contrato (regida por el artículo 1184 del Código civil) se asienta en varios fundamentos tradicionales:

- la resolución está justificada por el mecanismo de la condición resolutoria,

- la resolución se entiende implícita en todos los contratos sinalagmáticos,
- la resolución es concebida como judicial.

La filosofía jurídica que la rodea se impone como específica, en tanto que emanación del pensamiento de los redactores del Código civil, y se articula alrededor de dos ideas:

- el principio fundamental de la fuerza obligatoria del contrato y el moralismo contractual: el contrato debe aplicarse cualquiera que sean las circunstancias y dificultades encontradas. En consecuencia, solo los casos de inejecución muy grave, o sea, de fracaso total de ejecución, justifican que se extinga. Entonces es necesario recurrir al juez a fin de que controle el requisito de gravedad.
- la protección del deudor de la obligación inejecutada y el humanismo contractual: el deudor no debe sufrir una sanción, demasiado deprisa asestada y sin control, de parte de su pareja contractual.

Las lagunas de la materia y las necesidades de cambio

- a)* Las lagunas relativas a las previsiones iniciales del Código
- la resolución es la única medida prevista para el conjunto de los contratos,
 - las otras medidas sólo son invocadas en textos especiales dispersos, aunque incluso han sido generalizadas en principios aplicables a todos los contratos sinalagmáticos por la jurisprudencia y la práctica (excepción de incumplimiento; teoría de los riesgos),
 - ninguna disposición rige la resolución convencional, aunque ésta es igualmente generalizada en la práctica
- b)* Las lagunas relativas a las condiciones de aplicación
- el artículo 1184 asienta la resolución sobre un mecanismo discutible, la condición resolutoria,
 - este asiento da su lugar al texto, en el seno de las normas relativas a las obligaciones condicionales (Capítulo IV «De las diversas clases de obligaciones», sección primera, «De las obligaciones condicionales», § 3 «De la condición resolutoria»). Este lugar es en consecuencia igualmente discutible y se presta a una reevaluación.
 - el artículo 1184 no precisa las condiciones de aplicación de la resolución: no dice nada de las características de la inejecución propias para entrañar la resolución, contentándose con contemplar el «caso en que una de las partes no satisface su compromiso». La constatación puede ser extendida a la excepción de incum-

plimiento de la que es necesario más precisamente delimitar el umbral de intervención.

c) Las lagunas relativas a los efectos

– el artículo 1184 no precisa nada en cuanto al alcance de los efectos de la medida: retroactivos o no; tocando o no al conjunto del contrato,

– la resolución es tradicionalmente concebida como retroactiva, conforme a su fundamento reivindicado de «condición resolutoria».

– la doctrina y la jurisprudencia han creado sin embargo una variante: la «rescisión» o más exactamente, resolución para el futuro, que descarta la retroactividad y sólo produce efecto para el futuro. Sin embargo, el criterio de distinción entre la resolución total y retroactiva y la resolución parcial en el tiempo no es muy explícito. Cuando un criterio es establecido, reside en el carácter sucesivo de la ejecución del contrato, criterio discutible que reposa sobre la consideración de la dificultad específica de organizar restituciones para un contrato que ha durado,

– nada se dice de las consecuencias de la aplicación de estas diversas medidas, especialmente de la organización de las restituciones y del fundamento de estas últimas.

d) Las influencias del Derecho europeo

– los principios de Derecho europeo de los contratos prevén únicamente la resolución unilateral accionada por el acreedor, sobre el modelo de numerosos países vecinos (cap. 9, art. 9: 301), lo que implica el desfase del Derecho francés.

Las direcciones propuestas

a) Las direcciones en cuanto al lugar del texto

– desapareciendo la referencia a la condición resolutoria, es posible situar la sección que rige la inejecución a continuación de la dedicada a la ejecución del contrato (sección 4 de la ejecución de las obligaciones, arts. 1152 a 1156.2; sección 5 – De la inejecución de las obligaciones y de la resolución del contrato, arts. 1157 a 1160.1).

b) Las direcciones para paliar las lagunas iniciales de las disposiciones del Código civil

– se propone establecer textualmente la existencia de la excepción de incumplimiento y sus condiciones de aplicación, especialmente de su aspecto de intervención (inejecución total; art. 1157),

- se propone integrar la «teoría de los riesgos» en la resolución, en tanto que ésta constituye la medida que responde a la inexecución del contrato, cualquiera que sea la causa (art. 1158),

- se propone establecer textualmente la posibilidad de prever una cláusula de resolución y de regir las condiciones de aplicación de esta última, así como sus efectos (art. 1159).

c) Las direcciones en cuanto a la opción entre resolución judicial y unilateral

- se propone optar por el mantenimiento de la elección, por el acreedor, entre ejecución forzosa, indemnización de daños y perjuicios y resolución (art. 1158),

- se propone establecer, al acreedor que escoja la resolución, una opción entre resolución judicial y resolución unilateral. En el caso en que opte por esta última, ésta intervendrá después de la mora del deudor en ejecutar y transcurrido un plazo razonable a este efecto. En caso de ausencia de este último, la resolución será constatada por una notificación del acreedor, exponiendo las motivaciones de la ruptura (art. 1158),

- se propone establecer al deudor la posibilidad de criticar judicialmente *a posteriori* la decisión del acreedor, por contestación de la existencia de las infracciones que le son imputadas (art. 1158.1).

d) Las direcciones en cuanto al régimen de los efectos de la resolución

- se propone establecer textualmente el momento de la toma de efecto de la resolución: al de la asignación en resolución, cuando ésta es judicial; al de la recepción de la notificación, cuando ésta es unilateral (arts. 1158 a 1160.1),

- se propone establecer textualmente los efectos de la resolución preveiendo un principio de resolución para el futuro, salvo la hipótesis de retroactividad relativa a los contratos de ejecución instantánea (art. 1160.1 y normas relativas a las restituciones, sección 6),

- se propone establecer un criterio de modulación de los efectos atendiendo al carácter divisible de la ejecución del contrato (art. 1160).

RESTITUCIONES DESPUÉS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1161 A 1164.7)

YVES-MARIE SERINET

Las normas relativas a las restituciones después de la terminación retroactiva del contrato tras su anulación o su resolución no

son actualmente el objeto de alguna disposición específica en el Código civil, si se exceptúa, sin duda, el artículo 1312 ant. relativo a las restituciones que siguen a la rescisión de la convención por el vicio de incapacidad. Todavía es necesario añadir inmediatamente que la redacción de este último texto es posterior a 1804, puesto que resulta de una Ley de 18 de febrero de 1938.

La cuestión de las restituciones, sin embargo, no ha sido ignorada por los codificadores, puesto que, en la reglamentación de otras instituciones, se encuentran normas especiales que organizan la puesta en marcha de este mecanismo. Tal es el caso, muy especialmente, de las disposiciones del Código civil relativas a la repetición del pago de lo indebido a las cuales es costumbre reenviar en la materia (arts. 1376 ss. ant. C. civ) las normas que determinan los efectos de la garantía contra la evicción (arts. 1630 ss. ant), de las que se dice que fijan un régimen derogatorio de restitución, de los textos aplicables a las acciones edilicias (arts. 1644 ss. ant), ya que estas acciones son, por naturaleza, consideradas que tienen como vocación organizar una restitución, o incluso el régimen aplicable a la retroventa (arts. 1659 ss. ant) o a la rescisión de la venta por causa de lesión (arts. 1674 ss. ant) a este respecto aún significativa.

En la redacción de los proyectos de textos aquí presentados, estas disposiciones dispersas del Código civil, en su mayoría intactas desde 1804, pueden servir como fuente de redacción en la elaboración de nuevos textos. No parece, sin embargo, que sean directamente transportables a la materia de las restituciones después de la anulación o resolución. Su espíritu ya es demasiado particularista tratándose de las normas relativas a ciertas formas especiales de terminación en la venta, ya demasiado diferente, tratándose de las normas que rigen las restituciones en la repetición del pago de lo indebido,

Se ha demostrado por importantes trabajos doctrinales recientes (c. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. Paris I, prólogo de J. Ghestin, LGDJ, 1992; M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, th. Paris II, prólogo de G. Cornu, Paris, Cujas, 1991) que la materia de las restituciones *lato sensu* sufre la atracción de varias ramas del Derecho exteriores al Derecho de las obligaciones (el Derecho de bienes) o, en el interior del Derecho de obligaciones, de otras disciplinas como el Derecho de los contratos (Derecho de la responsabilidad civil, cuasicontratos con las teorías de la repetición del pago de lo indebido y del enriquecimiento sin causa). Luego, las finalidades del Derecho de bienes cuando trata de la teoría de los frutos, de las mejoras o de la accesión, como las finalidades de la responsabilidad civil cuando define las condicio-

nes de la reparación del perjuicio, sea contractual o delictual, no son las de las restituciones después de la anulación o resolución retroactivas. Lo que, además, hace decir que existe una *summa divisio* entre las restituciones normales, las que intervienen en el usufructo, el préstamo, incluso el retracto o la condición resolutoria, y las restituciones anormales, las que juegan para la reivindicación, la nulidad y la resolución, la repetición del pago de lo indebido o el regreso del ausente. A esta primera criba, viene a añadirse otra. Esto conduce a distinguir las restituciones que intervienen en el ámbito contractual, que sufren en ciertos aspectos la influencia del contrato anulado o resuelto e imponen una reciprocidad en el retorno al estado anterior cuando la ejecución intermediaria ha sido bilateral, de las que intervienen fuera del ámbito contractual que presentan lo más a menudo un carácter unilateral.

Por todas estas razones, parece hoy en día oportuno, sino indispensable, definir un régimen coherente propio de las restituciones consecutivas a la anulación o la resolución, es decir, a la terminación retroactiva del contrato.

También se buscará presentar aquí normas generales que, sintetizando las propuestas doctrinales más avanzadas así como las soluciones mejor admitidas por la jurisprudencia o susceptibles de ser recogidas en las disposiciones dispersas del Código civil, responden a la finalidad común objetiva de un retorno al *statu quo ante* que sea lo más fiel posible.

La naturaleza enmarañada de la materia debería ganar en claridad para ser así recortada según las líneas clásicas del jardín a la francesa.

En la perspectiva así dibujada, se propone introducir la sección 6 que trata de la materia (arts. 1161 a 1164.7) por un artículo 1161 que determinaría, desde el umbral, el ámbito de aplicación de las normas nuevamente dictadas. Una semejante disposición preliminar permitiría en efecto definir la medida en la que las múltiples hipótesis de restitución que el Código civil ha reglamentado ya se encuentran sometidas a este cuerpo de normas generales.

A consecuencia de ello, el régimen de las restituciones después de la terminación del contrato se subdividiría en tres párrafos que fijan respectivamente los principios que gobiernan la categoría de las restituciones después de la terminación del contrato, las modalidades de estas restituciones y los reglamentos complementarios que se han designado alguna vez con la expresión evocadora de «cuenta de restitución».

Así es como, en un primer párrafo, se propone adoptar varios textos que enuncian los principios comunes a este tipo de restitución.

En una primera disposición, el artículo 1162, se encuentra definido el mecanismo legal de las restituciones después de la terminación.

En cuanto a su ámbito de aplicación, parece racional que la existencia, el significado y el alcance de un eventual efecto retroactivo sean fijados en las secciones que tratan respectivamente de la nulidad y la resolución. Así, la ficción de la retroactividad juega sistemáticamente para la anulación y de manera más reducida para la resolución, puesto que está limitada a los contratos de ejecución instantánea. Esta solución, pragmática y conforme a la diferencia de naturaleza de las dos sanciones, parece oportuna. De esta manera se explica que el texto evoque sin restricción las consecuencias de la anulación, siempre retroactiva, pero limitada su aplicación a la resolución en las únicas hipótesis en las que produce este efecto.

Desde el punto de vista de su alcance, la disposición establece el principio de una restitución «integral», corrientemente admitido, en virtud del cual cada uno no debe recibir ni más ni menos de lo que había suministrado. La restitución debe ser «recíproca» cuando el contrato es sinalagmático. No es necesario, sin embargo, tomar al pie de la letra la imagen tan sugestiva del contrato sinalagmático invertido propuesta por el Decano Carbonnier, pues la restitución depende sobre todo de lo que ha sido ejecutado, llegado el caso por cada uno, durante el período intermedio. Así, el cálculo de las restituciones no es global sino analítico y supone que se determina, para cada obligación ejecutada, la suma de las ventajas directas o indirectas recibidas que constituyen el objeto de la restitución. La reciprocidad sólo juega en la fusión de los artículos en consideración y en las eventuales garantías que esto implica. En todo estado de causa, la restitución se impone igualmente en los contratos que no son bilaterales, lo que expresa la locución «si hay lugar». En fin, se precisa que la restitución es llevada a cabo «de pleno derecho» por anulación o la resolución retroactiva. Se trata de insistir sobre el carácter automático de las restituciones e indicar que no hay lugar a distinguir dos tipos de acciones y dos pretensiones que serían el objeto, la terminación y la restitución, lo que tiene una incidencia sobre el régimen procesal aplicable.

De manera general, el texto reserva su segundo párrafo a la posibilidad de obtener la indemnización de daños y perjuicios en las condiciones ordinarias de la responsabilidad civil. Se dirige así a mostrar que la restitución no deriva precisamente de la misma

lógica y no obedece a las mismas condiciones, puesto que permanece como un mecanismo estrictamente objetivo.

Dos normas técnicas, pero de una importancia práctica considerable, vienen en seguida a establecer las soluciones procedentes de la jurisprudencia (art. 1162.1).

De una parte, se prevé que la obligación de restitución se beneficia del aplazamiento de las garantías que han sido estipuladas para el pago de la obligación primitiva. Es el establecimiento de una solución obtenida, fuera de todo texto, a propósito de la fianza consentida para garantizar los reembolsos de los plazos de un préstamo. Puesto que se admite desde hace mucho tiempo que la garantía cubre la restitución de las sumas prestadas cuando el contrato es anulado.

De otra parte, la cuestión de la prescripción de la obligación de restitución se encuentra resuelta en el sentido de una sentencia reciente del Tribunal de Casación que ha rechazado aplicar, en este caso, las normas de repetición del pago de lo indebido (Cas. civ. 1.^a, 24 de septiembre de 2002: *Bull. civ. I*, núm. 218, p. 168). Parece, en efecto, natural que las restituciones después de la terminación puedan en este sentido tener el mismo régimen en las normas de la nulidad o de la resolución, ya que emanan de pleno derecho.

Así pues, son agrupadas en un texto propuestas que fijan, en varios aspectos, el papel del juez en la selección de las restituciones después de la terminación del contrato (art. 1162.2).

Ante todo, parece legítimo dar al juez la posibilidad de actuar de oficio sobre las restituciones, ya que las mismas están comprendidas virtualmente en la demanda de anulación o de resolución como si fueran uno de los efectos de esta sanción (V. en este sentido, Cas. civ. S. de 29 de enero de 2003: recurso 01-03185, *JCP*. 2003, II. 10116). Por lo demás, se puede cuestionar si, en las conclusiones escritas, solicitar la nulidad no significa en primer lugar, en el espíritu del litigante, demandar restitución. Sea lo que sea, el texto no llega hasta imponer al juez una obligación al respecto que habría podido, sin embargo, parecer lógica. Correspondería a las partes formalizar sus demandas sobre este punto, salvo que el juez decidiese suplir su carencia. Esto les deja igualmente la posibilidad de dirigirse a él ulteriormente para el caso en que la cuestión no haya sido zanjada. Así se explica la disposición, natural del tercer párrafo que recuerda la inversión de la prescripción que emana del juez en beneficio de la prescripción treintenual. En su defecto, el riesgo, muy teórico, existiría cuando la demanda de restitución se encuentre rápidamente prescrita mientras que la terminación hubiese sido pronunciada.

En cuanto al segundo párrafo, establece el principio de una cuenta judicial de restitución cuyos artículos se compensan a condición ciertamente de que esta compensación sea técnicamente posible, ya que sólo habría que adicionar o sustraer cosas de la misma naturaleza.

Tradicionalmente, el mecanismo de la restitución integral conoce dos límites que se justifican por consideraciones subjetivas de moralidad y equidad. Merecen ser mantenidas como válvulas que vienen a atemperar el rigor del principio.

A este respecto, la disposición del artículo 1162.3 expresa la transposición deseada del adagio *Nemo auditur...* Se sigue una ampliación del alcance del rechazo de restitución que alcanzará a toda contravención consciente del orden público y de las buenas costumbres allí donde, de ordinario, los únicos comportamientos inmorales se ven sancionados por la jurisprudencia.

En cuanto a la medida de salvaguarda instaurada a favor del incapaz (art. 1312 ant), subsiste, pero en un lugar diferente que le reserva la nueva sección del Código civil relativa a la capacidad de las partes contratantes y al poder de actuar en nombre de otro (art. 1117.5). El texto antiguo es recogido con la reserva de una simplificación muy ligera en la redacción, porque el término general de «incapaz» reemplaza en lo sucesivo a los de «menor y mayor bajo tutela». Si el mantenimiento de esta protección se justifica en equidad, su especificidad explica que sea tratada con las otras normas relativas a la incapacidad.

En un segundo párrafo, son abordadas las diferentes modalidades de la restitución.

Una primera disposición (art. 1163) enuncia el principio que establece la determinación de las dos formas posibles de la restitución.

La ejecución de una prestación contractual da derecho a una restitución en especie, sea idéntica, sea por equivalente. Cuando es imposible, se sustituye por una restitución en valor. Hay pues dos modos de restitución. De manera que la imposibilidad de restituir en especie no procede nunca, pero la jurisprudencia se pronunció en este sentido desde hace mucho tiempo, siendo considerada como un obstáculo a la restitución. Además, importa señalar que la restitución en especie puede ella misma tener lugar bajo dos formas que dependen de la naturaleza de la cosa a restituir. Tratándose de cuerpos ciertos, se hace de forma idéntica. Para las cosas genéricas, la máxima *genera non pereunt* expresa la idea de que puede hacerse por un equivalente de la misma naturaleza (ej., una tonelada de arena por otra tonelada de arena precedentemente entregada).

De esta manera aparece que la forma de la restitución depende prioritariamente de la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato, lo que los artículos siguientes permiten ilustrar. Subsidiariamente, puede aun ser afectada por los acontecimientos que surgen durante el período intermedio que ha separado el cumplimiento de la prestación a repetir de la anulación o de la resolución.

Con más detalles, los artículos 1163.1 a 1163.6 declinan la propuesta general precedentemente formulada.

Así, cuando la obligación ha sido de hacer o de no hacer (art. 1163.1), la restitución se realiza lógicamente en valor, puesto que tal es, entonces, la única forma posible de restitución. La evaluación debe hacerse sin tener en cuenta las estipulaciones del contrato. Sin embargo, para evitar que una misma prestación no se beneficie de una doble remuneración, hay que tener en cuenta los ingresos exteriores ya realizados por el que la ha cumplido (ej., en los negocios de encargados de marca, cuando el encargado ha actuado en calidad de mandatario y ya ha percibido dividendos por la reventa de los productos) o de las ventajas indirectas que ha retirado (ej., en el contrato de aprendizaje, la formación dispensada por encima del precio).

Cuando la obligación ha sido de dar una cosa genérica, la restitución se hace por equivalente. Este régimen de restitución se aplica naturalmente a la obligación monetaria (art. 1163.2). El texto destaca que la moneda es el bien fungible por esencia y que el principio del nominalismo monetario (art. 1895 ant. C. civ.), mantenido por la jurisprudencia, se aplica. Pero el artículo 1163.4 se refiere a ello explícitamente para las otras cosas genéricas acompañándolo con una opción. Nada, sin embargo, parece prohibir aquí la restitución en especie en forma de equivalente. Pero sabiendo que puede averiguarse que es totalmente inútil para aquel al que se restituye, parece natural ofrecer a este último una opción. Hay que notar que el artículo 587 ant. prevé una elección idéntica, en materia de cuasiusufructo, pero en beneficio del que devuelve la cosa, a saber, el usufructuario. La lógica de la nulidad y de la resolución conduce a invertir la norma sabiendo que, del hecho de su carácter fungible, será siempre posible para el restituyente procurarse cosas equivalentes a fin de satisfacer su obligación.

Si la obligación ha consistido en dar un cuerpo cierto (art. 1163.3), la restitución se hace en especie cuando la cosa existe todavía en poder del que la ha recibido. La imposibilidad de una semejante restitución natural no prohíbe, sin embargo, toda forma de restitución. Ésta tendrá lugar en valor si la cosa no es individualizable por el hecho de su des-

trucción, su transformación o su incorporación. En el primer caso, una restitución completa debe ser operada cuando la destrucción de la cosa ha tenido lugar fortuitamente o resulta de un acto voluntario del que la ha recibido, lo que corresponde a la jurisprudencia que no hace más esta distinción y trata las dos situaciones de forma idéntica. Una semejante solución es además conforme a la idea de que el que ha detentado la cosa durante el período intermedio era el mejor situado para asegurarla. En fin, una última disposición contempla la situación en que el ataque sufrido por el cuerpo cierto sólo habría sido parcial. Una opción es entonces establecida para tener en cuenta que una restitución parcial podría haber perdido todo interés para aquel al que se le restituye. En este caso, como esto es previsto por numerosos textos de Derecho especial, le es permitido preferir la restitución integral en valor.

A continuación de este inventario, el artículo 1163.5 preconiza la adopción de dos disposiciones complementarias que se dirigen a simplificar el proceso de regreso al *statu quo ante* evitando recurrir a la restitución en valor. Tal es el caso cuando ha tenido lugar la pérdida fortuita de la cosa si estaba asegurada o la pérdida es imputable a un tercero. Tal es el caso, además, cuando la cosa a restituir ha sido revendida. Cada vez, la restitución en valor parece técnicamente imponerse. Pero parece a la vez más eficaz y también justo hacer primero el juego de la subrogación real a imagen de lo que prevé el artículo 1380 ant. para la repetición del pago de lo indebido. También la restitución se dirigirá de pleno derecho, según las circunstancias, a la indemnización o el precio, incluso sobre el crédito de indemnización o de precio.

En fin, el artículo 1163.6 define el método de evaluación de las restituciones en valor. Enunciando que el juez debe estimar el valor de la cosa en el día en que se pronuncia, según su estado en el día del pago de la obligación, hace aplicación de la teoría de la deuda de valor. La solución es coherente con la manera en que son indemnizadas las plusvalías y las minusvalías. La solución es igualmente conforme con el procedimiento de evaluación de la ventaja que ha resultado de la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer (art. 1163.1).

El tercer párrafo determina los reglamentos complementarios que, llegado el caso, se ajustan a las restituciones principales y componen la cuenta de restitución. En esta categoría, los destinos respectivamente reservados a los accesorios, a los gastos así como a las plusvalías y las minusvalías deben ser regulados.

Tratándose de los accesorios, se prevé que el que restituye sea responsable no solamente del principal de cada obligación pagada sino también de sus accesorios en el día del pago (art. 1164). Con-

trariamente al régimen establecido por los textos procedentes del derecho de bienes (art. 549 ant. sobre los frutos) o que tratan de la repetición del pago de lo indebido (art. 1378 ant), el carácter objetivo de las restituciones después de la terminación postula tener en cuenta todos los accesorios sin atender a la buena o mala fe de las partes (c. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th, cit., núm. 802). Esta sólo juega para una eventual indemnización complementaria. También conviene hacer partir el cálculo del día de la ejecución del contrato (el «pago» de cada obligación) a fin de determinar la ventaja suplementaria que ha resultado de ello. La norma *lauxius vixit...* no ha de aplicarse, puesto que de todas maneras las deudas de rentas (frutos o intereses acumulados) se compensan a la altura de la más fuerte de las dos sumas en los contratos sinalagmáticos.

Naturalmente, los accesorios varían según la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato. Cuando una suma de dinero debe ser restituida (art. 1164.1), comprende los intereses al tipo legal, lo que constituye una solución clásica, pero también las tasas pagadas sobre el precio. Se debe lógicamente comprenderlas como las únicas que han sido efectivamente pagadas en poder del que restituye el precio. En lo esencial, la TVA se encuentra aquí contemplada cuando ha sido complemento del precio. Es preciso luego, para el que la restituye, recuperarla junto al Tesoro. Cuando la restitución se refiere a una cosa diferente de la suma de dinero (art. 1164.2), los accesorios comprenden los frutos o el goce procurado por esta cosa. Se trata de recuperar una solución adoptada recientemente por el Tribunal de Casación (Cas. cam. mixta, 9 de julio de 2004: D. 2004, p. 2175, nota de Ch. Tuailon, *JCP*. 2004, I, 173) después de las dudas (Cas. civ. 11 de marzo de 2003, *Bull. civ.* núm. 74 y Cas. civ. 3.^a, 12 de marzo de 2003, *Bull. civ.* III, núm. 63, D. 2003, p. 2522). Contrariamente a lo que ha sido decidido a fin de, se puede pensar, simplificar el cálculo de las restituciones complementarias, parece más lógico y equilibrado reembolsar el goce del bien, cualquiera que sea la naturaleza del contrato. Éste se analiza, en efecto, como un equivalente económico a los frutos que haya podido producir (R. Wintgen, *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif*, Defrenois 2004, artículo 37942, pp. 692 ss.). Además, cuando la cosa no es fructífera, el Tribunal de Casación aceptaba en otro tiempo la compensación a tanto alzado entre los intereses y este goce. En efecto, los intereses corresponden a la vez a una remuneración por el goce y la fructificación del dinero. Por lo demás, la solución actual no está de acuerdo con el principio de

retroactividad y la idea de que conviene extinguir todos los efectos, directos o indirectos, de la ejecución del contrato.

Tratándose de gastos, los textos reconocen una distinción doctrinal (V. M. Malaurie, th *cit.*, p. 205) propuesta entre los gastos ocasionados por el contrato (ej., gastos de estudio, gastos de acta, derechos de registro, de publicidad fundiaria, derechos de mutación o de consignación...) y los gastos que se refieren a la cosa de la que se puede decir que son contraídos *intuitu rei* (ej., gastos de seguro de la cosa, cargas relativas al bien...). Su tratamiento es claramente diferenciado, puesto que el régimen de los primeros permanece claramente sometido a las normas de la responsabilidad delictual (art. 1163.3), mientras que el de los segundos, objetivo, permanece en el seno de las restituciones (art. 1163.4).

Queda la cuestión de las plusvalías y minusvalías. Se propone adoptar disposiciones que sinteticen los principios admitidos en la materia, aunque la jurisprudencia no sea siempre muy clara ni fija (V. C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th *cit.*, núm. 808 ss.; M. Malaurie, th *cit.*, p. 215 ss.).

Una norma común de evaluación en el día de la restitución es adoptada en los dos casos (art. 1164.6), que es coherente con el modo de cálculo precedentemente enunciado para la restitución integral en valor. En lo que concierne a las plusvalías, vuelven todas al que debe recibir la restitución, siendo restablecido el equilibrio patrimonial por medio de una indemnización que va a remunerar el aumento de valor que haya resultado del hecho del restituyente (art. 1164.4). Del lado de las minusvalías, las cosas son bastante complejas por la necesidad de conjugar dos ideas diferentes: de una parte, la necesidad de una armonía en los regímenes aplicables a la pérdida total fortuita y al deterioro o pérdida parcial que tenga el mismo origen, puesto que entre una y otra la diferencia sólo es de grado; de otra parte, el cuidado de una correlación entre los diferentes tipos de plusvalías y minusvalías, cuando al menos es posible establecer entre ellos una relación de reciprocidad. Luego, los aumentos o disminuciones de valor de la cosa tienen un origen variable (material, jurídico, económico o monetario), que proviene alguna vez del que restituye, pero permaneciendo en otros casos exteriores (V. M. Malaurie, th *cit.*, p. 219 s, y pp. 237 ss.). Teniendo en cuenta estos elementos, se propone introducir un artículo 1164.5 que dispone que el que debe restituir la cosa responde de las degradaciones y deterioros que han disminuido el valor o entrañado su pérdida, sin distinción de origen. De esta forma, las hipótesis de deterioro fortuito seguirán la suerte de la pérdida total de la cosa que impone, en este caso, una restitución de valor (art. 1163.3). Por lo

mismo, el uso normal del bien que resulte de su utilización sería indemnizada mientras que ninguna culpa será imputable al restituyente. Las dos soluciones son de todo punto conformes a las posiciones asumidas por la jurisprudencia sobre la cuestión (Cas. com, 21 de julio de 1975, D. 1976, p. 582, nota E. Agostini y P. Diener, Cas. civ. 1.^a, 2 de junio de 1987, Bull. civ. núm. 183, Defrenóis, 1988, art. 34202, núm. 13, p. 373, obs. J. L. Aubert). A la inversa, la obsolencia de la cosa siendo consecuencia del transcurso del tiempo no da lugar a restitución, ya que no se trata, propiamente hablando, de una degradación o deterioro de la cosa, las cuales sólo se entienden como un ataque material a su integridad. La correlación entre plusvalía y minusvalía es asegurada, porque, en los dos casos, las que tienen un origen económico o monetario no son restituibles. La única diferencia se refiere a la puesta a cargo por el restituyente de las pérdidas parciales y degradaciones fortuitas que no encuentran su contrario del lado de las plusvalías. Permite armonizar las normas que valen para la pérdida total y las minusvalías fortuitas.

EFFECTO DE LAS CONVENCIONES FRENTE A LOS TERCEROS (ARTS. 1165 A 1172.3)

JEAN-LUC AUBERT, PIERRE LECLERCQ

Con un espíritu de clarificación y de modernización, esta sección reúne en cinco párrafos los diferentes elementos que constituyen la sustancia tradicional de la cuestión del efecto obligatorio del contrato, tradicionalmente gobernado por el principio denominado del efecto relativo.

Su objeto es definir mejor la situación de los terceros por relación a la convención concluida por dos o varias personas y tener en cuenta las necesidades reveladas por la práctica contractual moderna. Con este fin se propone en primer lugar agrupar los diferentes aspectos de la cuestión, que el Código civil aborda de una manera un poco dispersa. Luego, sobre el fundamento del trabajo realizado por la jurisprudencia y la doctrina, el proyecto invita a disposiciones más numerosas y más explícitas sobre esta materia que se encuentra en el corazón de la vida del contrato. Además, diversas innovaciones son propuestas para colmar diversas lagunas o insuficiencias del Código.

El primer párrafo enuncia, bajo el título «Disposiciones generales», los dos principios que ordenan la materia, poniendo a la luz la diferencia del alcance de la convención respecto de las partes contratantes, de una parte, y de los terceros, de otra parte.

El artículo 1165 afirma que «las convenciones sólo vinculan a las partes contratantes...», lo que limita, con reserva de excepciones y de matices que serán precisados en las disposiciones siguientes, el efecto obligatorio del contrato a aquellos que las concluyen.

El artículo 1165.1 añade que «las convenciones son oponibles a los terceros...», estableciendo el principio de oponibilidad de los contratos *erga omnes* que había establecido poco a poco doctrina y jurisprudencia. El texto destaca el doble sentido de esta oponibilidad que juega tanto en contra de los terceros como en su beneficio, con la reserva esencial, en este último aspecto, de que no pueden exigir la ejecución del contrato, lo que permite distinguir de manera radical el efecto obligatorio de la oponibilidad.

El segundo párrafo precisa, de manera innovadora, los desplazamientos posibles del efecto obligatorio del contrato de una de las partes contratantes a un tercero, estableciendo así la eventualidad de una sustitución de partes en el contrato.

Se trata del efecto, clásico, de las transmisiones por causa de muerte (art. 1165.2).

También es la consecuencia entre vivos de una cesión de la cualidad de parte en el contrato cuando se ha propuesto establecer expresamente la posibilidad, subordinando todo al acuerdo del cocontratante (art. 1165.3).

Esta exigencia comporta, sin embargo, excepciones: de una parte, ha de aplicarse en tanto que la ley no disponga otra cosa; de otra parte, está descartada en el caso de los contratos que forman parte de una operación constitutiva de un conjunto indivisible (fusión de sociedades, aportaciones parciales de activos...). Al menos, el cocontratante que no ha dado su conformidad a la transferencia del contrato está facultado jurídicamente, salvo pacto en contrario, para retirarse del contrato transmitido.

El párrafo tercero regula las diferentes acciones en las que la ley establece el beneficio a los terceros acreedores de un contratante. Se encuentra la acción oblicua y la acción pauliana, pero también la acción directa cuya noción se ha propuesto establecer expresamente y marcar, al mismo tiempo, los límites.

Por lo que se refiere a las dos primeras, los textos propuestos recogen las diferentes soluciones elaboradas por la jurisprudencia con dos importantes reservas. De un lado, con el fin de establecer remedio a la relativa ineficacia de la acción oblicua, el artículo 1167.1, p. 1 permite a los acreedores que han actuado hacerse pagar por detracción de las sumas que, en virtud del resultado de su recurso, entran en el patrimonio del deudor negligente. De otro lado, para limitar la perturbación de la estabilidad del contrato que

engendra, la acción pauliana es circunscrita en un plazo de dos años a contar del conocimiento que los acreedores han tenido del fraude cometido por el deudor.

En cuanto a la acción directa, la noción es afirmada formalmente al mismo tiempo que el principio de su asiento puramente legal (art. 1168, 1). Sin embargo, se propone admitir una semejante acción, fuera de las previsiones expresas de la ley y en atención al nexo que une los contratos, «cuando solo permite evitar el empobrecimiento injusto del acreedor» (art. 1168.2)

El párrafo cuarto trata de garante y de la estipulación por otro.

Se trata aquí, esencialmente, de poner en forma y en orden los logros de la jurisprudencia que, sobre la base de los artículos 1120 y 1121, ha fijado el régimen de estos dos mecanismos.

Para la promesa de garantía (art. 1170), es el conjunto de los efectos de este mecanismo que es puesto a la luz, con los riesgos que corre el garante (p. 1, que recoge, precisamente, la disposición del artículo 1120 del Código civil), y la perspectiva de su liberación total si obtiene lo que ha prometido (p. 2). El texto invita a establecer la obligación para el tercero que hereda del garante a ejecutar el compromiso suscrito por su autor (p. 3).

En cuanto a la estipulación por otro, aparece establecido el conjunto de la construcción elaborada por la jurisprudencia. En particular, el artículo 1171.1 pone a la luz el corazón de este mecanismo: libre revocabilidad de la estipulación en tanto que ella no ha sido aceptada por el tercero (p. 1); irrevocabilidad de la estipulación desde que la aceptación del tercero interviene antes de la revocación (p. 2); derecho directo del tercero contra el promitente para la ejecución del compromiso suscrito por éste (p. 3). Se ha tomado partido, pero para organizar mejor ciertas situaciones en las que el reglamento era insatisfactorio. Así el artículo 1171.2 enuncia, después de haber establecido que la revocación puede emanar de los herederos del estipulante después de su fallecimiento, que éstos sólo pueden ejercer este derecho de revocación tres meses después de haber vanamente puesto en mora al beneficiario de la aceptación. Incluso el artículo 1171.3 precisa *in fine* que la aceptación puede emanar de los herederos del beneficiario después del fallecimiento de éste (salvo estipulación contraria) y que «puede intervenir incluso después del fallecimiento del estipulante o del promitente».

En fin, el párrafo quinto innova estableciendo la toma en consideración de la eventual interdependencia de varios contratos realizando un conjunto (arts. 1172 a 1172.3).

Esta interdependencia se caracteriza por la pertenencia de los contratos considerados a una misma operación de conjunto y por la necesidad de su ejecución para la realización de ésta (art. 1172).

Se propone unir a esta interdependencia un efecto ampliado de ciertas cláusulas que figuran en uno u otro de los contratos interdependientes, a pesar de la ausencia de aceptación expresa de éstas por los otros contratantes. Al menos, es preciso que estos últimos tengan conocimiento en el momento de su compromiso y que no hayan formulado reservas. La presunción de aceptación así establecida sólo puede aplicarse, sin embargo, a determinadas cláusulas limitativamente enumeradas: cláusulas relativas a la responsabilidad, cláusulas compromisorias y cláusulas de atribución de competencia (art. 1172.1).

El proyecto añade dos precisiones importantes:

En primer lugar, que fuera de los casos así previstos la extensión del efecto de una cláusula estipulada en uno de los contratos a los otros contratos del conjunto supone que dicha cláusula ha sido reproducida en estos y aceptada (art. 1172.2).

Luego, que la nulidad de uno de los contratos interdependientes autoriza a las partes de los otros contratos del conjunto a prevalerse de la caducidad de éstos (art. 1172.3).

OBLIGACIONES CONDICIONALES, A TÉRMINO, ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS (ARTS. 1173 A 1196)

JEAN-JACQUES TAISNE

1. De las obligaciones condicionales

El contencioso que suscita demasiado a menudo el recurso a la condición pone de manifiesto las imperfecciones de la codificación actual. La abundancia de ciertas definiciones, los elementos contradictorios que se deslizan alguna vez, perjudican a la claridad de nociones esenciales y, si la prolijidad caracteriza algunos desarrollos, los textos son deficientes sobre otros puntos, solicitando así la imaginación de la jurisprudencia. Por estas razones, dos preocupaciones fundamentales deben orientar el trabajo de reforma de los textos. En primer lugar, el cuidado de la simplificación; en segundo lugar, el cuidado de asegurar a las partes una perfecta previsibilidad de las consecuencias del recurso a la condición.

A priori, estos dos objetivos apelan a métodos diferentes: el primero postularía una poda seria, el segundo a la inversa una regla-

mentación completa y minuciosa. Sin embargo, es posible alcanzar un equilibrio. Sobre numerosos puntos, la referencia a la común intención de las partes permite zanjar toda dificultad y conferir al régimen de la obligación condicional la flexibilidad deseable. Pero conviene igualmente, y en razón del mismo papel reconocido a la voluntad de las partes, ayudar a estos últimos a tomar una plena conciencia de los puntos que podrían tener dificultad para ellas.

El presente proyecto propone en primer lugar suprimir los textos superfluos: así, conforme a la opinión ya defendida en 1946/1947 por la Comisión de reforma del Código civil:

- de los textos relativos a la clasificación de las condiciones causales, potestativas o mixtas (arts. 1169 a 1171), sólo permanece el texto que prohíbe la condición potestativa de parte del deudor, redactado en armonía con el artículo 944 por hipótesis no tocado;
- los textos relativos al modo de cumplimiento de las condiciones positivas o negativas (arts. 1176.1177) que expresan verdades evidentes que derivan del actual artículo 1175 deducido del artículo 1156.

Se aparta del mismo campo de la condición al artículo 1184 que desde hace mucho tiempo había devenido totalmente extraño.

A la inversa, el proyecto propone introducir en la teoría general de la obligación condicional las disposiciones que le faltan. La Comisión de reforma del Código civil había considerado en este sentido textos relativos, tras el cumplimiento del suceso, respecto de los actos de administración o de percepciones de frutos. Conviene inspirarse en ellos. Además, es útil añadir, por indicación de la jurisprudencia, textos destinados a la renuncia a la condición.

En último lugar, el proyecto sugiere completar los textos actuales, sea para precisar el régimen de una sanción (nulidad de la obligación bajo condición potestativa de parte del deudor), sea para generalizar a todas las condiciones la obligación de lealtad que sólo es establecida literalmente hasta ahora para la condición suspensiva, sea, en fin, para hacer aparecer, distinta de la condición resolutoria, una condición simplemente extintiva, lo que clarifica implícitamente la atribución controvertida de los riesgos en las transferencias bajo condición resolutoria.

Sobre un punto concreto el proyecto da la espalda al modelo diseñado por la Comisión de reforma del Código civil. El abandono por ella del principio de retroactividad de la condición suspensiva cumplida, decidido a consecuencia de un giro, no ha determinado la convicción; la retroactividad se justifica a la vez sobre un plano racional y sobre un plano práctico y descartarla obliga nece-

sariamente a prever que durante la incertidumbre el deudor deberá comportarse conforme a la buena fe y sin hacer nada que implique un ataque a los intereses de la otra parte, formulas que se pueden considerar vagas y complicadas. Hay que notar que el Código de Québec conserva la retroactividad (art. 1506) y que todas las legislaciones o propuestas europeas contemporáneas que se apartan de ella la restablecen, sin embargo, sobre la base de la voluntad expresa de las partes. El presente proyecto procede en orden inverso; fiel al Derecho actual, mantiene la retroactividad, matizando sus efectos o permitiendo a las partes descartarla si lo juzgan preferible.

2. De las obligaciones a término

La actual codificación suscita pocas dificultades, pero parece esquelética respecto a las codificaciones más recientes: Québec y sobre todo Líbano. Se propone hacer aparecer expresamente las nociones de términos cierto e incierto y de términos suspensivo y extintivo

3. De las obligaciones con objetos plurales

Aquí todavía el Código suscita pocas dificultades. Se propone esencialmente redactarlo de manera más actual y hacer aparecer la obligación facultativa.

OBLIGACIONES SOLIDARIAS E INDIVISIBLES (ARTS. 1197 A 1217)

PIERRE CATALA

La materia de las obligaciones plurales es aquella a la que el Anteproyecto aporta menos alteraciones: la mayor parte de los artículos del Código civil son conservados en la letra o se vuelven a encontrar en sustancia a través de las agrupaciones o los retoques redaccionales.

En el caso de las obligaciones solidarias, nada ha cambiado en la solidaridad activa. En cuanto a la solidaridad pasiva, una sola propuesta nueva aparece en el artículo 1211, sobre la cual la interpretación podrá fundarse para afinar el análisis de la modalidad.

Una nueva innovación esperada tiende a la desaparición de la obligación *in solidum* en materia de responsabilidad civil. No siendo su sede el título de las obligaciones convencionales, el artículo 1378

en el subtítulo de la responsabilidad civil es el que establece su desaparición.

Un solo debate importante relativo a las obligaciones solidarias se refiere a las condiciones de la solidaridad. Una opinión fuertemente argumentada sostiene que la solidaridad debe ser el principio en materia civil, salvo convención contraria, entre los codeudores vinculados por una obligación común (e incluso activamente entre acreedores).

Se hubiese alineado de esta manera la ley civil con la norma mercantil. Esta opinión no ha convencido a la mayoría del grupo de trabajo, al que ha parecido que los riesgos y los beneficios de un cambio radical serían mal medidos y difícilmente mesurables. Parece en total desarmonía con el espíritu de protección del consumidor, que el Código civil no está obligado a seguir, pero que debe tener en cuenta. Se pueden temer desagradables sorpresas para los codeudores civiles, de las cuales una sería admitida en beneficio de las leyes relativas al sobreendeudamiento.

Esta reforma, además, ha creado una distorsión en cuanto a la solidaridad entre los codeudores y los fiadores desde la perspectiva en que éstos son situados por el artículo 2294 del Proyecto de reforma de las garantías. Brevemente, la opinión mayoritaria ha estimado que el mantenimiento de la presunción actual plantearía menos problemas que su inversión.

Tratándose de las obligaciones indivisibles, ha parecido que el régimen de la obligación indivisible no reclamaba ningún cambio. Por el contrario, la obligación divisible no es una modalidad de la obligación, pero forma parte de su naturaleza cuando la indivisibilidad no es impuesta por la fuerza de las cosas, de la ley o de la convención. Se ha suprimido el parágrafo del Código civil relativo a la obligación divisible, siendo llevada la norma del vigente artículo 1220 al artículo 1224.1 en el capítulo del pago.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1228 A 1250)

JÉRÔME FRANÇOIS, RÉMY LIBCHABER

El capítulo V del título III del libro III del Código civil, referente a la extinción de las obligaciones, se revela globalmente adaptado a las necesidades actuales. Como norma general, bastará una compostura antes que una reforma.

La subrogación y la novación han sido descartadas en este capítulo. La primera en razón de su efecto puramente traslativo, la segunda en virtud de su aproximación preponderante con la noción

de operación de crédito. La una y la otra son reglamentadas en el capítulo siguiente.

El artículo 1218, que es el texto que anuncia el capítulo V, separa las instituciones que no son asimilables a las otras causas de extinción de la obligación. Se trata de la nulidad, de la resolución, de la pérdida de la cosa, del efecto de la condición resolutoria, que figuran actualmente en el artículo 1234 del Código civil. Las otras causas de extinción conservan su validez, con la reserva de los arreglos de fondo o de forma.

Sección 1: Del pago

Las disposiciones relativas al pago han exigido una atención constante. La evicción del pago con subrogación ha necesitado una reforma del plan de conjunto. Este comprende en lo sucesivo cuatro párrafos. Después de las disposiciones generales (§ I), otros tres párrafos están destinados a la imputación (§ II), a la prueba (§ III) y a la consignación con ofrecimiento de pago y mora (§ IV).

Después de haber contemplado la noción de pago, las disposiciones generales (§ I) evocan las cuestiones relativas a las personas, al objeto del pago y a su régimen.

Por lo que se refiere a la noción, el proyecto se contenta con establecer en el artículo 1219 una definición genérica y recoge a continuación en el artículo 1220 el actual artículo 1235 relativo a la repetición del pago de lo indebido.

Las innovaciones no son importantes en lo que concierne a las personas, excepto el artículo 1222. Su primer párrafo sintetiza la jurisprudencia actual insistiendo en la buena fe del deudor. El segundo se destina al pago electrónico, para el que se requiere del acreedor que garantice la seguridad del modo de pago propuesto.

En cuanto al objeto del pago, el proyecto conserva en sus artículos 1223, 1224 y 1124.1 las disposiciones de los actuales artículos 1243, 1244 y 1220 del Código civil, pero la dación en pago, desprovista hoy en día de soporte textual, es en lo sucesivo definida en el artículo 1223, p. 2.

Sobre todo, normas específicas sobre las obligaciones monetarias han sido añadidas. Así, el artículo 1225 establece el principio del nominalismo monetario. Éste se refiere en efecto a todas las obligaciones establecidas en moneda mientras que no sea en el día previsto como en las disposiciones particulares (ver especialmente el art. 1895 relativo al préstamo). Pero el principio del nominalismo no es obstáculo ni para la actualización (cuyo principio es evocado en el art. 1225.1), ni para la deuda de valor (art. 1225.2), ni,

evidentemente, para la producción de intereses y de su eventual capitalización (art. 1225.3 y 1225.4). Además, un artículo nuevo (1226) ha sido creado, el cual se refiere a la moneda de pago, recogiendo las aportaciones jurisprudenciales en la materia.

En fin, tratándose del régimen del pago (el lugar, la fecha, los plazos de gracia, la cualidad de la cosa y los gastos del pago), las disposiciones del Código civil actual han sido ampliamente recogidas.

El párrafo II es destinado a la imputación de los pagos, la cual ha sido racionalizada sin modificación sustancial. Se distingue en lo sucesivo entre la imputación de un pago parcial sobre una deuda única (art. 1228) y la imputación de un pago, total o parcial, sobre una pluralidad de deudas (arts. 1228 a 1230).

El párrafo III relativo a la prueba del pago es nuevo tanto en la forma como en el fondo, El artículo 1231 establece el principio de la prueba por todos los medios, que se impone como la solución más razonable en la práctica, sobre todo respecto a las obligaciones monetarias. Además de esta norma probatoria, han sido reunidas las presunciones de liberación (art. 1232 y 1232.1) tratadas en el Código civil actual en el título de la condonación, ella misma reformada por el proyecto (cfr. posteriormente).

Sección 2. De la condonación

Las presunciones de liberación del deudor han sido tratadas con la prueba (cfr. más adelante), siendo revisada la perspectiva de conjunto de la sección. Después de un artículo (1237) que define la condonación y pone a la luz su carácter convencional, sus efectos son reglamentados. Se trata de un simple maquillaje de las disposiciones actuales del Código civil, con incorporación al artículo 1239.1, p. 2 de la regla jurisprudencial relativa a la condonación consentida por el cofiador solidario.

Sección 3. De la compensación

Esta sección ha sido repensada en su totalidad, con una subdivisión interna entre la compensación en general (§ I) y la de las deudas conexas (§ II).

Concerniendo a la compensación en general (§ I), las diversas modalidades desarrolladas por la jurisprudencia sobre la base de las disposiciones insuficientes del Código civil han sido introducidas con su régimen jurídico propio. En lo sucesivo se distinguen las compensaciones legal, judicial y convencional.

En el caso de la compensación legal, las normas del Código civil han sido adoptadas en su conjunto. Sin embargo, la declaración que figura actualmente en el artículo 1290 del Código civil, en los términos de la cual la compensación se opera de pleno derecho, ha sido eliminada como resultado de un error de redacción denunciado desde hace mucho tiempo. De este hecho, el artículo 1243 del proyecto adopta una nueva redacción adaptada a las necesidades del comercio jurídico.

En cuanto a la compensación judicial, que sólo tiene un asiento indirecto en el nuevo Código de procedimiento civil (arts. 70, p. 2 y 564), hace su entrada en el Código civil. Con este título, los artículos 1246 y 1246.1 del proyecto definen la noción y el régimen, sobre la base de las reglas jurisprudenciales actuales.

Además, la posibilidad de compensar convencionalmente, fuera de las condiciones legales, es prevista por el artículo 1247.

A esta tipología distinguiendo entre tres compensaciones se añade una modalidad particular y autónoma de compensación, la de las deudas conexas (§ II). En este caso, la compensación, cualquiera que sea su naturaleza (legal, judicial o convencional), puede producir sus efectos al margen de las condiciones establecidas en el párrafo I. Este régimen de excepción, muy importante en la práctica, es en adelante precisado en los artículos 1248 y 1248.1, los cuales codifican las aportaciones de la jurisprudencia moderna.

Sección 4. De la confusión

Los artículos 1249 y 1249.1 recogen las disposiciones de los actuales artículos 1300 y 1301, con casi una palabra. Tratándose de los efectos de la confusión, el artículo 1249 toma el partido de afirmar el carácter definitivo de la extinción operada por la confusión, mientras que la jurisprudencia arbitra alguna vez a favor de una simple parálisis. La redacción propuesta renueva con la intención del codificador de 1804, que había arreglado la confusión entre las causas de extinción de la obligación.

DE LA CONSIGNACIÓN CON OFRECIMIENTO DE PAGO (ARTS. 1233 A 1236)

PHILIPPE THÉRY

Si es raro que un acreedor rechace el pago que le es debido, el Código debe permitir un pago forzoso a iniciativa del deudor que

pretende liberarse. Este procedimiento es organizado alrededor de las siguientes ideas:

- Puesto que el procedimiento puede llevar a la liberación del deudor, es preciso asegurar la seriedad del ofrecimiento imponiendo al deudor consignar la cosa debida, de manera que el acreedor pueda retirarla sin formalidad particular.
- La liberación del deudor tiene lugar si el acreedor, habiendo tenido conocimiento del ofrecimiento, no la ha contestado. Si no es cierto que el ofrecimiento sea conocido por el deudor, la liberación del deudor pasa por un control del juez.
- Los textos distinguen según la naturaleza de la cosa consignada. Cuando se trata de otros bienes que una suma de dinero, podrán, en ausencia de retracto en un plazo razonable, ser vendidos a iniciativa del deudor y su precio consignado en beneficio del acreedor.
- En fin, ha parecido equitativo descartar la norma según la cual el reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción. Resulta que el deudor podrá hacerse restituir la cosa consignada si el acreedor ha dejado transcurrir el plazo de prescripción.

OPERACIONES SOBRE LOS CRÉDITOS (ARTS. 1251 A 1282)

HERVÉ SYNVE

El capítulo VI del proyecto de reforma es profundamente nuevo.

En la forma agrupa, por primera vez, operaciones hasta el presente dispersas: la cesión de créditos es tratada en el Código civil como una variedad de venta (arts. 1689 ss.); la subrogación personal es vinculada al pago (arts. 1249 ss.); la novación es contemplada como un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1271 ss.); la delegación es simplemente evocada, alrededor de las disposiciones destinadas a la novación (arts. 1275 y 1276). Luego, consideradas bajo el ángulo económico, estas operaciones tienen vínculos estrechos de parentesco: el crédito es considerado como un elemento del activo, llamado a circular o a constituir la base de la creación de nuevas relaciones obligatorias. En un Código civil renovado, hay, pues, un lugar para organizar, de manera más homogénea, el comercio jurídico de los créditos.

En el fondo, el régimen de las cuatro operaciones evocadas es hoy en día marcado por la obsolencia, o peca por insuficiencia de

precisión. La circulación de los créditos constituye una parte no insignificante de la economía moderna. Depende de la actividad cotidiana de los profesionales del dinero y del crédito. Éstos tienen una necesidad imperativa de eficacia, de seguridad y de rapidez. Forzoso es reconocer que los textos del Código civil presentan hoy en día, desde esta perspectiva, preocupantes insuficiencias. En respuesta, regímenes particulares han sido establecidos en leyes especiales, luego en otros códigos. Si se desea que el Código civil no se convierta en el conservatorio de un repertorio antiguo, sino que constituya la base legal del comercio jurídico en materia de créditos, es preciso proponer una renovación profunda de las soluciones. Es lo que se ha hecho en el presente proyecto.

Tratándose de la cesión de créditos, se concibe, ya no como una variedad de venta, sino de manera más abstracta en general, como «una convención por la que el acreedor, cedente, transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario» (art. 1251). Todo acto a título particular es adecuado para este fin. Esta definición, amplia, permite acoger, sin dificultad, la cesión a título de garantía (art. 1257.1). Innovación mayor, que permitiría al Derecho francés superar el retraso que ha tenido lugar desgraciadamente en relación con varios de sus homólogos europeos.

Un segundo elemento de modernización es el establecimiento de la posibilidad de ceder créditos futuros («por nacer», dice el art. 1252; poco importa, por ejemplo, que el contrato del que procede el crédito no sea aún concluido, ni incluso en proyecto, en el momento de la cesión). Y la eficacia de la operación es fomentada por la indicación de que basta que el acto de cesión comporte los elementos que permitan, llegado el momento, la identificación del crédito cedido (art. 1252). Así son los «flujos de créditos», en los que la transmisión podrá en adelante ser organizada, con una buena seguridad jurídica, bajo el imperio del Código civil.

La tercera novedad es el abandono del célebre artículo 1690. La exigencia de una notificación por acto extrajudicial (o su sustituto que es la aceptación del deudor en un acto auténtico) constituye una formalidad pesada y, a menudo, desalentadora. El sistema propuesto es profundamente diferente. Reposa sobre una norma de forma («bajo sanción de nulidad, la cesión de créditos debe ser constatada por escrito»: art. 1253) y una distinción. Tanto en las relaciones entre las partes como respecto con los terceros, la transmisión del crédito es realizada desde la conclusión del acto (art. 1254). Las formalidades a fin de oponibilidad desaparecen. Una norma probatoria, relativa a la fecha del acto (art. 1254, p. 2),

permite conjurar el riesgo de antifecha. En cambio, tratándose de la oponibilidad de la operación del deudor cedido, una notificación escrita (pero sin intervención necesaria de un oficial público) es exigida: es preciso que el deudor sepa, sin ambigüedad, a quien debe pagar.

Se agrega a esto que el artículo 1257 regula de manera precisa la cuestión, a menudo contenciosa, de la oponibilidad de las excepciones, pudiendo pensarse que el nuevo régimen de la cesión de créditos responde a las necesidades de sus usuarios y hará volver al seno del Derecho común las operaciones que lo habían abandonado.

En las disposiciones relativas a la subrogación personal, el proyecto de reforma constituye ampliamente una obra de consolidación. Consolidación en cuanto a la función de la subrogación: ésta se ha convertido en un mecanismo de transmisión de créditos, concurrente con la cesión, lo que justifica la transferencia de la materia de la sección destinada al pago hacia el nuevo capítulo que abarca el conjunto de las operaciones sobre créditos. La definición mantiene sin embargo el nexo con la tradición, subrayando que la subrogación se produce en beneficio del que paga (art. 1258). Consolidación igualmente en cuanto al régimen: los casos de subrogación legal son conservados de manera idéntica, incluso si el orden es modificado para tener en cuenta su importancia práctica respectiva (art. 1259); la exigencia de concomitancia entre la subrogación y el pago es flexibilizada, según los caminos ya trazados por la jurisprudencia (art. 1260, p. 3); el efecto traslativo es acusado, a la vez, en su alcance (crédito y accesorios) y en cuanto a la oponibilidad a los terceros (dispensada de formalidad, comprendiendo cuanto está en cuestión la oponibilidad de la transferencia de las garantías que acompañan al crédito).

Lo nuevo concierne a la subrogación *ex parte debitoris*. En primer lugar, el artículo 1261, p. 1 de proyecto cambia la jurisprudencia clásica según la cual la subrogación sólo se produce si el pago es hecho por el propio subrogado, y no si el deudor toma prestado para pagar su deuda a un acreedor dispuesto a entregar un recibo precisando el origen de los dineros. Luego, el segundo párrafo del mismo artículo zanja la cuestión, discutida, de las condiciones en las que el deudor puede imponer la subrogación en beneficio de un nuevo prestamista, llamado a «refinanciar» la operación (en el tipo naturalmente más favorable). El respecto de la fuerza obligatoria de las convenciones suministra el criterio: incluso es necesario, para que el deudor pueda subrogar solo, que la deuda esté vencida o que el término sea en su favor.

La novación recibe una definición que, hasta el presente, faltaba. Es «una convención que tiene por objeto sustituir a una obligación que extingue por una obligación diferente que crea» (art. 1265). Así se pone a la luz el efecto sustitutivo de la operación, que se opone al efecto traslativo de la cesión de créditos y de la subrogación personal. Igualmente es destacada la necesidad de una diferencia entre las dos obligaciones sucesivas, incluso si, en caso de novación por cambio de objeto, el artículo 1266, 3.º indica que «existe novación cualquiera que sea la diferencia establecida entre la antigua y la nueva obligación» (se espera que esta precisión cortará a una jurisprudencia aleatoria sobre las circunstancias exclusivas de novación).

La novedad del régimen establecido no toca la clasificación propuesta entre las diferentes materias en que se opera la novación (se encuentra la trilogía novación por cambio de deudor, novación por cambio de acreedor, novación por cambio de objeto), ni la exigencia de una voluntad de novar desprovista de equívoco. Tiene en cuenta la libertad reconocida a las partes para organizar, por anticipado, la novación, para hacerla un instrumento eficaz de gestión de los créditos, susceptible de constituir una alternativa útil a la cesión. Dos disposiciones son en este sentido esenciales. El artículo 1270, 1, en primer lugar, según el cual «la novación por la sustitución de un nuevo acreedor puede tener lugar si el deudor ha aceptado, por anticipado, que el nuevo acreedor sea designado por el primero». El artículo 1271, a continuación, por la excepción que introduce al efecto extintivo de la novación en cuanto a las garantías: «a menos que estas últimas no hayan sido o no sean expresamente reservadas por consentimiento de todos los interesados». Por la flexibilidad así introducida, el Derecho francés permite a los profesionales utilizar, a semejanza de sus homólogos sobre los lugares concurrentes, la novación como marco jurídico de operaciones de refinanciación.

La delegación habría podido continuar sin duda desarrollándose con discreción, al amparo de las rigideces que induce inevitablemente la intervención legislativa. Después de todo, lo esencial es aquí la libertad contractual, que es principalmente llamada a ejercerse sobre la determinación del objeto de la obligación del delegado. Sin embargo, ha sido considerado útil fijar en el Código civil los contornos de la institución, a la vez para evitar las incertidumbres vinculadas a ciertas discusiones doctrinales y para combatir iniciativas jurisprudenciales poco propicias para el progreso de la delegación. Con este espíritu, el artículo 1276 precisa que «la delegación es válida incluso cuando el que la dirige no es deudor del

delegatario o cuando el delegado no es deudor del delegante»: por eso no se puede negar en lo sucesivo que el delegado tenga la facultad de obligarse «en descubierto». La cuestión de la inoponibilidad de las excepciones es regulada prudentemente, con la introducción a la vez de la noción de «compromiso expresamente estipulado» y la reserva de la convención contraria a las soluciones propuestas: las partes podrán, por cláusulas adecuadas, privar al delegado de la posibilidad de valerse de excepciones relativas a relaciones jurídicas extrañas a la que le une al delegatario, lo que corresponde a una de las utilidades de la delegación. El artículo 1281, p. 1, en virtud del cual «el compromiso del delegado hacia el delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado, que no puede ser cedido ni embargado», extrae las consecuencias del rigor particular que puede revestir la obligación del delegado. Éste no debe ser expuesto a pagar dos veces: en primer lugar, a un cesionario o a un acreedor embargante que asume los derechos del delegante; luego al delegatario, al que no puede oponer una excepción derivada de sus relaciones con el delegante. Se propone de esta manera un sistema coherente, susceptible de hacer de la delegación un mecanismo seguro.

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1283 A 1326-2)

PHILIPPE STOFFEL-MUNCK

El proyecto de reforma no establece una subversión en el capítulo de las pruebas. Los principios y distinciones que guían la materia desde 1804 han demostrado su valor y están anclados en la práctica sin plantear dificultades mayores.

Ninguna necesidad de tocar el fondo existe, imponiendo la prudencia abstenerse de toda audacia gratuita para una cuestión usual tan cotidiana. Así, ha parecido preferible renunciar por adelantado a establecer una definición general de la prueba o a tomar posición sobre la cuestión aun controvertida de la exigencia de lealtad en su búsqueda. Esta prudencia era posiblemente mejor, ya que la Ley de 13 de marzo de 2000 había hecho ya la obra de reforma, adaptando el Código a las nuevas tecnologías y aportando varias precisiones importantes, especialmente en cuanto a la noción de escrito y firma.

Sobre el fondo, el proyecto de reforma se limita a incorporar la doctrina jurisprudencial para completar el cuerpo actual de los principios legales o aportar algunas precisiones menores inéditas,

como la sustracción del escrito electrónico a la norma del doble original (art. 1296)

Sobre la forma, en cambio, una clarificación ha parecido a menudo útil, tanto a propósito del plan del capítulo como sobre el detalle de sus disposiciones.

En cuanto al fondo, en primer lugar, el proyecto mantiene los principios tradicionales:

- el mecanismo de atribución de la carga de la prueba sigue siendo el mismo (art. 1283);
- la distinción de la prueba de los hechos y de los actos jurídicos es mantenida (art. 1284);
- la definición del escrito y de la firma necesarios para la prueba literal es recogida por la Ley de 13 de marzo de 2000 (arts. 1285 y 1286);
- el principio de la libertad de prueba de los hechos se inserta en la ley (art. 1287) y la exigencia de una prueba literal de los actos jurídicos es conservada (art. 1306);
- la licitud de las convenciones sobre la prueba es afirmada, conforme a la jurisprudencia y bajo ciertos límites (art. 1289);
- la norma pretoriana que indica que «nadie puede constituir título para el mismo» pasa a la ley (art. 1299).

Sobre la forma, a continuación, el proyecto remodela el plan del capítulo destinado a las pruebas de tal modo que haga aparecer mejor las grandes divisiones intelectuales de la materia. Se compone de cuatro secciones.

La sección primera se destina a las «disposiciones generales» (arts. 1283 a 1290). Verdadero «título preliminar», se refiere a los principios que gobiernan el conjunto de la prueba de las obligaciones. Las otras secciones regulan cada modo de prueba a título particular.

La sección segunda define las condiciones de forma de la prueba por escrito, igualmente denominada prueba literal, y fija su valor (arts. 1291 a 1305). Distingue clásicamente el título auténtico del acto en documento privado y regula la suerte de las copias y actos reconocitivos. Esta sección no contiene innovación particular en relación con el Derecho positivo, excepto la sustracción del escrito electrónico a la norma del doble original (art. 1296). Fija, en cambio, varias soluciones jurisprudenciales. Así es expresamente indicado que la exigencia de una mención por parte del que se obliga constituye una simple condición de prueba del acto (art. 1297).

La sección tercera fija el campo de la exigencia de una prueba por escrito. En lo esencial recoge los artículos 1341 a 1348 del Código civil actual, añadiendo simplemente, conforme a la jurisprudencia, que el principio de prueba por escrito debe ser completo (art. 1312).

La sección cuarta detalla las normas propias de las presunciones, de la confesión y del juramento. No contiene innovación mayor respecto del Derecho positivo, integrando simplemente en el texto varias soluciones pretorianas. Así, se encuentra recogida la jurisprudencia que admite que las presunciones del hecho del hombre pueden resultar de indicios graves y precisos o concordantes (art. 1318), añadiendo este artículo que tales presunciones son susceptibles siempre de prueba en contrario. El mecanismo de la presunción legal es igualmente precisado (art. 1317).

Sobre la forma, igualmente, el proyecto de reforma intenta clarificar algunas normas sin afectar al sentido. El ejemplo más claro es el de la reformulación de la norma ancestral que aparece en el actual artículo 1341 del Código civil. Allí donde este dispone que «debe ser otorgado acta ante notarios o con firmas privadas de todas las cosas que excedan de una suma o un valor fijado por decreto», el nuevo texto dispone más simplemente que «debe ser constituida una prueba por escrito de los actos jurídicos que excedan de una suma o valor fijado por decreto» (art. 1306); la noción de prueba por escrito es definida precisamente en la sección precedente, la cual abre el nuevo artículo.

Tratándose de las pruebas, la esperanza de los redactores del proyecto es haber clarificado de esta manera el vocabulario, los conceptos y la formulación de las normas, haber ordenado más lógicamente la exposición y actualizado el fondo con la integración de la aportación pretoriana. Una mejor comprensión del Derecho positivo debería resultar, sin modificación notable de su contenido, en tanto que las necesidades de la práctica parecen satisfechas en el estado actual de la materia.

CUASICONTRATOS (ARTS. 1327 A 1339)

GÉRARD CORNU

Los cuasicontratos constituyen en el proyecto, como lo son en el Código civil, una fuente de la obligación. Sin duda, este punto es, en legislación, sujeto de controversia. Pero, en la decisión legislativa de donde el proyecto obtiene su razón de ser y su medida, su mantenimiento va de suyo. Sería necesario adherirse a una ambi-

ción maximalista que no es la suya para cambiar la teoría de las fuentes de la obligación a fin de eliminar el cuasicontrato, entre el contrato y el delito. Hoy en día todo el mundo sabe que lejos de ser obsoleto, esta clasificación se acomoda con la división mayor de los actos jurídicos y de los hechos jurídicos que el marco de las fuentes presenta a la cabeza del proyecto (arts. 1101 ss.): de un lado, los actos jurídicos convencionales, unilaterales o colectivos, de otra los hechos jurídicos dañosos o beneficiosos.

Justamente, es la propia noción de cuasicontrato tal como resulta del análisis luminoso de Jean Carbonnier que legitima –que exige– su mantenimiento. No es un trato. Es un concepto. De igual manera que la jurisdicción voluntaria no es ya todo lo que no es la jurisdicción contenciosa, sino, en paralelo, una función jurisdiccional definida, de igual forma los cuasicontratos no son una amalgama de hechos residuales informes. Frente al daño causado sin derecho, una ventaja recibida sin derecho: en este punto común se reúnen todos los cuasicontratos. De aquí la definición general dada en primer lugar (art. 1327). En el seno de esta categoría general, vienen naturalmente a ordenarse las dos aplicaciones particulares específicas de la tradición, gestión de negocios y pago de lo indebido, así como, procedente de la costumbre, el principio general de que nadie debe enriquecerse sin causa en detrimento de otro. El conjunto es coherente.

La otra razón de no trastornar la materia es el propio valor de las aportaciones de la tradición y de la interpretación. El régimen de la gestión de negocios ajenos y el del pago de lo indebido son el resultado de soluciones lógicas y de buen sentido. Las disposiciones que los enuncian son, en gran parte, simples, claras y firmes. Muchos artículos conservan su tenor original. En cuanto a la teoría general del enriquecimiento sin causa, diminutivo menos ambicioso y más razonable de la teoría abierta del enriquecimiento injusto, y técnicamente encuadrada por la subsidiariedad (art. 1338), surge directamente de la enseñanza doctrinal y de la jurisprudencia. Es la consagración de una experiencia, no de una anticipación imprudente.

Por tanto, la revisión marca la materia de su impronta. Sobre numerosos puntos ha adoptado de la interpretación reinante soluciones acordadas que constituyen verdaderos progresos. Que la gestión de negocios pueda consistir en actos materiales y no solamente actos jurídicos (art. 1328), que pueda ser establecida no solamente en el interés exclusivo de otro sino en el interés común de otro y del gerente (art. 1329) son afortunadas extensiones establecidas por un consenso. Otro consenso oportuno consiste en asi-

milar al pago por error, el pago por coacción (art. 1332) o el abandono de una garantía a la supresión del título (*ibid*). Otros retoques ponen de relieve puntos decisivos. Noción llave, la utilidad de la gestión debía ser expuesta en el primer rango de las condiciones de la obligación del dueño del negocio (art. 1328.3). La referencia al cuerpo cierto debía reemplazar a la –no pertinente– del bien mueble corporal en el artículo 1334 y la hipótesis de la mala fe había sido contemplada y regulada por el artículo 1334.1.

Sin embargo, el proyecto contiene verdaderas innovaciones³¹: la idea de tener en cuenta, en la indemnización del gerente de las pérdidas que haya sufrido, con exclusión de toda remuneración (art. 1328.1) y sobre todo el reenvío inspirado en el enriquecimiento sin causa de las acciones del gerente que no responde exactamente a las condiciones de la gestión de negocios (art. 1329.1). Este rescate subsidiario muestra bien el nexo que une, en el conjunto de los cuasicontratos, la ilustración específica de la gestión de negocios y la teoría general dotada de una vocación residual. En fin, fuera de serie, las normas de restitución son extendidas al caso en que el pago de lo que era debido pierde enseguida su causa por el efecto de una anulación o de una resolución. Este caso suerte de depuración. El pago no era indebido, sino que deviene sin causa. Entra así en la lógica de la ausencia de causa, lo que justifica la extensión analógica.

La observación se dirige fundamentalmente a la unidad de la materia. La figura tradicional de la gestión de negocios aparece adecuada en la fidelidad a sus orígenes y el derecho hilo de la etimología, un cuasimandato. Pero es la teoría de la causa que, en último análisis, une la trilogía. El pago es indebido a condición de que no proceda ni de una intención liberal, ni de una obligación natural, ni de otra causa (art. 1330, p. 2). Semejantemente, el enriquecimiento es sin causa cuando (y por qué) la pérdida del empobrecido no proceda ni de su intención liberal hacia el enriquecido, ni del cumplimiento de una obligación de la que estaría obligado hacia él en virtud de la ley, del juez, del contrato o de la persecución de un interés personal (art. 1337). De su lado, la gestión del gerente de negocios está sin título. Este fundamento radical común podría conducir a pensar que, si no duda de la legitimidad de la causa en materia contractual, éste podría encontrar un apoyo en los cuasicontratos, lo que descubriría un punto de coherencia en el corazón de la teoría general de las obligaciones. La presencia de la causa en el contrato responde a la ausencia de causa en el cuasicontrato.

³¹ Han sido admitidos por las sugerencias de M.A. BENABENT.

LIBRO TERCERO

TÍTULO III. DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRELIMINAR— DE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

(Arts. 1101 A 1101.2)

Artículo 1101. Las obligaciones nacen de actos o de hechos jurídicos.

Algunas obligaciones nacen igualmente de la autoridad exclusiva de la ley, como las obligaciones de vecindad y las cargas públicas, lo cual es tratado en las materias que los conciernen.

Notas: *Es el nuevo empleo y la ampliación del artículo 1370 Código civil actual. Así la tutela (ver art. 427 Código civil)*

Artículo 1101.1. Los actos jurídicos son actos de voluntad destinados a producir efectos jurídicos.

El acto jurídico convencional o convención es el acuerdo concluido entre dos o varias personas con miras a producir tales efectos.

El acto jurídico unilateral es un acto cumplido por una sola o varias personas unidas en consideración de un mismo interés con miras a producir efectos jurídicos en los casos admitidos por la ley o por el uso.

El acto jurídico colectivo es la decisión tomada colegialmente por las miembros de una colectividad.

El acto unilateral y el acto colectivo obedecen, de acuerdo con la razón, para su validez y sus efectos a las normas que gobiernan las convenciones.

Artículo 1101.2. Los hechos jurídicos son actuaciones o acontecimientos a los que la ley vincula efectos jurídicos.

El hecho que procura a otro una ventaja a la que no tiene derecho constituye un cuasicontrato. Las obligaciones que derivan de él son regidas por el subtítulo De los cuasicontratos.

El hecho que causa sin derecho daño a otro obliga a su autor a repararlo. Esta obligación es regida por el subtítulo De la responsabilidad civil.

Notas: *complementarias al capítulo preliminar:*

- 1) *Hace sonar la palabra fuente, lo que no es inútil.*
- 2) *Pone en perspectiva la división mayor de los actos jurídicos y de los hechos jurídicos.*

3) *De igual manera que el artículo relativo a los actos jurídicos distingue las tres clases, el artículo destinado a los hechos jurídicos distingue los hechos dañosos y los cuasicontratos y, en cada orden, la terminología moderna es puesta en correspondencia con las nociones tradicionales.*

4) *Una y otra, la responsabilidad delictual y la responsabilidad civil contractual, son, desde este momento, aproximadas bajo la cubierta de la responsabilidad, lo que anuncia un aspecto esencial del proyecto.*

5) *Inspirada por una sugerencia de Carbonnier y una oposición específicamente exacta «daño causado» sin derecho, «ventaja procurada» sin derecho, la definición del cuasicontrato es diseñada aquí en sus elementos esenciales. La definición más elaborada tiene su sitio en el artículo 1327 del proyecto.*

6) *Los cuasicontratos tienen su sitio natural después de los contratos (subtítulo II), lo que permite poner una cierta distancia entre los contratos y el conjunto agrupado de los hechos dañosos e incumplimientos contractuales, fuente de responsabilidad civil.*

SUBTÍTULO I. DEL CONTRATO Y DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN GENERAL (ARTS. 1101 A 1326.2)

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1. DEFINICIONES (ARTS. 1102 A 1103)

Artículo 1102. El contrato es una convención por la que una o varias personas se obligan hacia una u otras a cumplir una prestación.

Artículo 1102.1. El contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos frente a los otros.

Es unilateral cuando una o varias personas se obligan hacia una u otras sin que exista un compromiso recíproco de éstas.

Artículo 1102.2. El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes entiende recibir de la otra una ventaja en contrapartida de la que procura.

El contrato es a título gratuito cuando una de las partes se propone procurar a otra una ventaja sin recibir una contrapartida.

Artículo 1102.3. El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a procurar a la otra una ventaja que es considerada como el equivalente de la que recibe.

Es aleatorio cuando las partes, sin buscar la equivalencia de la contrapartida convenida, aceptan una oportunidad de ganancia o de pérdida para alguna o algunas de ellas, según un acontecimiento incierto.

(Obs: Hay que tener en cuenta el artículo 1964)

Artículo 1102.4. El contrato es consensual cuando se forma por la sola manifestación de los consentimientos cualquiera que sea el modo de expresión.

El contrato es solemne cuando su formación está subordinada, bajo sanción de nulidad, a formalidades determinadas por la ley.

Artículo 1102.5. El contrato de adhesión es aquel en que las condiciones, sustraídas a la discusión, son aceptadas por una de las partes tal como la otra las había determinado unilateralmente por anticipado.

A tal contrato puede, sin embargo, añadirse condiciones particulares sujetas a negociación.

Artículo 1102.6. El contrato-marco es un acuerdo base por el que las partes convienen negociar, anudar o mantener relaciones contractuales en las que determinan las características esenciales.

Las convenciones de aplicación precisan las modalidades de ejecución, principalmente la fecha y el volumen de las prestaciones, así como, llegado el caso, el precio de éstas.

Artículo 1103. Los contratos ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las normas generales que constituyen el objeto del presente título.

Las normas particulares para determinados contratos son establecidas, ya en los títulos del presente Código relativos a cada uno de ellos, ya en otros Códigos y leyes, principalmente en las materias que afectan al cuerpo humano, a los derechos intelectuales, a las operaciones comerciales, a las relaciones de trabajo y a la protección del consumidor.

Los contratos innominados están sometidos por analogía a las normas aplicables a los contratos comparables, en la medida en que su especificidad no pone obstáculo a ello.

SECCIÓN 2. DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1104 A 1107)

§ 1. De la negociación

Artículo 1104. La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones son libres, pero deben satisfacer las exigencias de la buena fe.

El fracaso de una negociación sólo puede ser fuente de responsabilidad cuando es imputable a la mala fe o a la falta de una de las partes.

Artículo 1104.1. Las partes pueden, por un acuerdo de principio, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos han de determinarse y a concurrir con buena fe a su determinación.

Artículo 1104.2. El régimen de los acuerdos destinados a establecer el desarrollo o la ruptura de las negociaciones está sometido a las disposiciones del presente subtítulo.

§ 2. De la oferta y la aceptación

Artículo 1105. La formación del contrato requiere el encuentro de varias voluntades firmes y precisas para obligarse.

Artículo 1105.1. La oferta es un acto unilateral que determina los elementos esenciales del contrato que su autor propone a persona determinada o indeterminada, y por el cual expresa su voluntad de estar vinculado en caso de aceptación.

Artículo 1105.2. La oferta puede ser libremente revocada mientras que no llegue a conocimiento de su destinatario o si no ha sido válidamente aceptada en un plazo razonable.

Artículo 1105.3. La oferta caduca a falta de aceptación en el plazo fijado por su autor, así como en caso de incapacidad o de fallecimiento de éste acaecido antes de la aceptación. Decae igualmente cuando su destinatario la rechaza.

Artículo 1105.4. Sin embargo, cuando la oferta dirigida a una persona determinada comporta el compromiso de mantenerla durante un plazo preciso, ni su revocación prematura ni la incapacidad del oferente ni su fallecimiento pueden impedir la formación del contrato.

Artículo 1105.5. La aceptación es un acto unilateral por el que su autor expresa la voluntad de estar vinculado en los términos de la oferta.

Una aceptación no conforme a la oferta está desprovista de efecto, salvo que constituya una oferta nueva.

§ 3. De la promesa unilateral de contrato y del pacto de preferencia

Artículo 1106. La promesa unilateral de contrato es la convención por la que una parte promete a otra, que acepta el principio, darle la exclusividad para la conclusión de un contrato cuyos

elementos esenciales son determinados, pero para la formación del cual hace falta solamente el consentimiento del beneficiario.

El retracto del promitente durante el tiempo dejado al beneficiario para expresar su consentimiento no puede impedir la formación del contrato prometido.

El contrato concluido con un tercero es inoponible al beneficiario de la promesa, con la reserva de los efectos vinculados a las normas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

Artículo 1106.1. El pacto de preferencia para un contrato futuro es la convención por la cual el que queda libre para concluirlo, se obliga, en el caso en que se decidiera a ello, a ofrecer por prioridad al beneficiario del pacto a tratar con él.

El promitente está obligado a poner en conocimiento del beneficiario toda oferta relativa al contrato sujeto a preferencia.

El contrato concluido con un tercero es inoponible al beneficiario de la preferencia, con reserva de las normas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

§ 4. De la fecha y del lugar de formación

Artículo 1107. A falta de estipulación contraria, el contrato es perfecto por la recepción de la aceptación; se considera concluido en el lugar donde la aceptación es recibida.

CAPÍTULO II. DE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES

Artículo 1108. Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

- el consentimiento de las partes contratantes;
- su capacidad para contratar;
- un objeto que forme la materia del compromiso;
- una causa que justifique el compromiso.

Se añade, para el acto cumplido por el representante de una parte, el poder de actuar en nombre de ésta.

La forma de las convenciones es expuesta en los artículos 1127 y siguientes.

Nota: El término «poder» es polisémico, pero es en el seno de la representación donde aparece en su sentido específico más puro (Carbonnier y Gaillard) con el rango de las condiciones de validez del acto cumplido por el representante. Merece por ello

ser anunciado en este título en el artículo 1108. Es una condición ocasional (en el caso de representación), pero, en esta hipótesis, es esencial.

La noción de poder aparece también sobre la cabeza de la persona capaz que actúa por sí misma. Pero es otra noción y, como condición, es distribuida, en cada institución, por las normas que la gobiernan. Ejemplo: los «poderes» de los esposos en virtud de los regímenes matrimoniales, los «poderes» del propietario, del usufructuario, del precarista, etcétera. En el título de las convenciones en general, no aparece como una condición general de validez. Se hace de él abstracción.

SECCIÓN 1. DEL CONSENTIMIENTO (ARTS. 1109 A 1115.1)

Subsección 1: De la existencia del consentimiento

Artículo 1109. Para hacer una convención válida, es necesario estar sano de espíritu.

Quien solicita la nulidad es al que corresponde probar la existencia de una perturbación mental en el momento del acto.

Artículo 1109.1. No hay consentimiento cuando no existe encuentro de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato.

Artículo 1109.2. La ausencia de consentimiento tacha la convención de nulidad relativa.

Subsección 2: De la calidad del consentimiento

§ 1. De la integridad del consentimiento

Artículo 1110. El contratante que conoce o ha debido conocer una información cuya importancia sabe que es determinante para la otra tiene la obligación de informarle.

Esta obligación de información sólo existe, sin embargo, a favor del que está imposibilitado para informarse por sí mismo o que legítimamente ha podido dar confianza a su cocontratante, en razón, principalmente, de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes.

Incumbe al que se considera acreedor de la obligación de información probar que la otra parte conocía o hubiese debido conocer la información ocultada y su pertenencia.

Serán consideradas como pertinentes las informaciones que presentan un vínculo directo y necesario con el objeto o la causa del contrato.

Artículo 1110.1. El incumplimiento de una obligación de información, sin intención de engañar, determina la responsabilidad del que estaba obligado a ella.

Artículo 1110.2. En ciertas convenciones determinadas por la ley, el consentimiento sólo es definitivo e irrevocable a la expiración de un plazo de reflexión o de arrepentimiento.

El plazo de reflexión es aquel que hasta la expiración del mismo el destinatario de la oferta no puede consentir eficazmente el contrato.

El plazo de arrepentimiento es aquel que hasta que la expiración del mismo permite al destinatario de la oferta a retractarse discrecionalmente de su consentimiento al contrato.

§ 2. De los vicios del consentimiento

Artículo 1111. No existe consentimiento válido, si el consentimiento ha sido dado por error o si ha sido sorprendido por dolo o arrancado con violencia.

(Art. 1109 Código civil).

Artículo 1111.1. El error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes o su representante no habría contratado o habría contratado en condiciones diferentes.

Su carácter determinante se aprecia en atención a las personas y a las circunstancias.

Artículo 1112. El error sólo es causa de nulidad de la convención cuando recae sobre la sustancia de la cosa que es el objeto o sobre la persona del contratante.

Artículo 1112.1. El error sobre la sustancia de la cosa se entiende que es el que afecta a las cualidades esenciales en consideración de las cuales las dos partes han contratado o, semejantemente, una de ellas con el conocimiento de la otra.

Es una causa de nulidad que recae sobre la prestación de una u otra parte.

La aceptación de un azar sobre una cualidad de la cosa excluye el error relativo a esta cualidad.

Artículo 1112.2. El error sobre la persona se entiende que es el que se refiere a las cualidades esenciales del cocontratante.

Solo es una causa de nulidad en los contratos concluidos en consideración a la persona.

Artículo 1112.3. El error sobre la sustancia o sobre la persona es una causa de nulidad, sea de hecho o de derecho, a menos que sea inexcusable.

Artículo 1112.4. Cuando, sin equivocarse sobre las cualidades esenciales de la cosa, un contratante hace solamente de ésta una apreciación económica inexacta, este error sobre el valor no es, en sí mismo, una causa de nulidad.

Artículo 1112.5. El error sobre un simple motivo, extraño a las cualidades esenciales de la cosa o de la persona, solo es una causa de nulidad si las partes no han hecho de él expresamente un elemento determinante de su consentimiento.

Artículo 1113. El dolo es el acto de un contratante para obtener el consentimiento del otro mediante maniobras o engaños.

Obs: Tomado del verbo del artículo 1111 (1109 Código civil).

Artículo 1113.1. Constituye igualmente dolo el disimulo intencional por un contratante de un hecho que, si hubiese sido conocido por su cocontratante, le habría disuadido a contratar, al menos en las condiciones convenidas.

Artículo 1113.2. El dolo se constituye semejantemente si emana del representante, gestor de negocios, encargado o garante del cocontratante, o incluso de un tercero por la instigación o con la complicidad del cocontratante.

Artículo 1113.3. El error provocado por el dolo es siempre excusable. Es una causa de nulidad incluso si se refiere al valor de la cosa que es el objeto o sobre un simple motivo del contrato.

Artículo 1114. Existe violencia cuando una parte se obliga por la presión de una coacción que le inspira el temor de exponer su persona, su fortuna o la de sus allegados a un mal considerable.

Artículo 1114.1. La amenaza de una vía jurídica sólo constituye una violencia en caso de abuso. El abuso existe cuando la vía jurídica es desviada de su fin o esgrimida para obtener una ventaja manifiestamente excesiva.

Artículo 1114.2. La violencia vicia el consentimiento de la parte que se obliga, cuando ha sido ejercida por la otra o por un tercero, y no solamente cuando ha sido ejercida sobre la parte contratante sino también cuando lo ha sido sobre su cónyuge o sobre uno de sus allegados.

El mero temor reverencial hacia el padre, la madre u otro ascendiente, sin que haya existido violencia ejercida, no basta para anular el contrato.

(Obs: Es el nuevo empleo de tres artículos actuales: 1111, 1113, 1114).

Artículo 1114.3. Existe igualmente violencia cuando una parte se obliga bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad obteniendo de ella una ventaja manifiestamente excesiva.

La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de las circunstancias teniendo en cuenta, principalmente, la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes o su desigualdad económica.

Artículo 1115. La convención contraída por error, dolo o violencia da lugar a una acción de nulidad relativa.

Independientemente de la anulación del contrato, la violencia, el dolo o el error que causa a una de las partes un daño, obliga al que por culpa del mismo ha acaecido a repararlo.

Las acciones fundadas en un vicio del consentimiento proceden de una única y misma causa que las hace fungibles.

Artículo 1115.1. El plazo de la acción de nulidad sólo corre en los casos de violencia desde el día en que ha cesado; en los casos de error o de dolo, desde el día en que han sido descubiertos.

SECCIÓN 2. DE LA CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y DEL PODER DE ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO (ARTS. 1116 A 1120.2)

§ 1. De la capacidad de goce

Nota: Hay que poner el acento sobre la capacidad de las partes contratantes marcando la división entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio (§ 2) y, como lo accesorio sigue a lo principal, incluir en la sección 2 el poder de actuar en nombre de otro (§ 3).

Artículo 1116. Para ser válido un compromiso requiere, en la persona del contratante, la capacidad de goce, aptitud para ser titular de un derecho.

Nota: Más brevemente, la decisión de incluir una definición al hilo de la frase se inspira en el precedente ejemplar de la definición de la tutela (art. 427). Lo esencial es dar una idea de la capacidad de goce como participación en la actividad jurídica.

Artículo 1116.1. Toda persona jurídica posee, en tanto que sujeto de derecho, una capacidad de goce general.

Está sólo restringida para los incapacitados e interdicciones particulares establecidas por la ley relativamente a ciertos actos.

Artículo 1116.2. Así está prohibido, sin autorización judicial, a quien ejerce una función u ocupa un empleo en un establecimiento de hospedaje de las personas dependientes o que dispensan cuidados psiquiátricos ser adquirente de un bien o cesionario de un

derecho que pertenece a una persona admitida en el establecimiento, como tampoco tomar en arrendamiento el alojamiento ocupado por esta persona antes de su admisión en el establecimiento.

Para la aplicación del presente artículo, se consideran personas interpuestas el cónyuge, los ascendientes y los descendientes de las personas a las que se aplican las interdicciones posteriormente establecidas.

(Obs: Art. 1125.1 actual).

Artículo 1116.3. Las personas jurídicas están dotadas de una capacidad de goce especial.

Ésta cubre los actos útiles para la realización de su objeto, tal como es definido por los estatutos, con el respeto de las normas aplicables a la persona jurídica considerada, así como los actos que son accesorios de los precedentes.

Nota. Por oposición a «poseído» (para las personas físicas, art. 1119 posterior) puede ser interesante hacer subrayar el término «dotadas» para las personas jurídicas.

Artículo 1116.4. La capacidad de goce de las personas futuras está regulada en los títulos De las sucesiones y de las liberalidades del presente código.

Artículo 1116.5. La incapacidad de goce o la prohibición que alcanzan a una de las partes de un contrato en curso de ejecución hacen a este contrato caduco, a menos que pueda ser llevado a buen fin por las otras partes.

§ 2. De la capacidad de ejercicio

Artículo 1117. Toda persona física que no es declarada incapaz por la ley, puede contratar por sí misma sin asistencia ni representación.

Nota: Parece necesario enunciar, para las personas físicas, lo que es la capacidad de ejercicio. Es el principio.

Una persona física puede celebrar cualquier acto propio para organizar la protección y la gestión de sus intereses para el caso en que sea incapaz para ejercer sus derechos, con el respeto de los principios enunciados en el Libro primero del presente código.

Artículo 1117.1. Son incapaces de contratar, en la medida definida por la ley:

- los menores no emancipados;
- los mayores protegidos en el sentido del artículo 490 del presente código.

(Código civil. Art. 1124 actual).

Artículo 1117.2. La persona protegida por una incapacidad de ejercicio puede, sin embargo, actuando sola, cumplir los actos necesarios para la conservación de sus derechos, los actos especificados por la ley así como los actos corrientes autorizados por el uso.

Nota: *Es la excepción a la excepción (de aquí el orden de los artículos).*

Puede también, si goza de un discernimiento suficiente, celebrar las convenciones relativas a su persona y a la de sus hijos, con el respeto de las disposiciones que figuran en el Libro primero del presente código o en las leyes particulares.

Sin embargo, las consecuencias patrimoniales de estas convenciones relevan del régimen de protección aplicable a la parte protegida.

Artículo 1117.3. El menor no puede sustraerse a los compromisos que ha asumido en el ejercicio de su profesión, ni a las obligaciones que resultan de su delito o cuasidelito.

La simple declaración de mayoría, hecha por el menor, no constituye obstáculo a la restitución.

(Obs: Cfr. arts. 1306 a 1310 actuales Código civil.)

Artículo 1117.4. El menor no puede contestar al compromiso que había suscrito durante su minoría, cuando lo ha ratificado una vez mayor, aunque este compromiso sea nulo o solamente sujeto a restitución.

Artículo 1117.5. Las restituciones debidas a un incapaz son reducidas en proporción del beneficio que él ha obtenido del acto anulado.

(Obs: Art. 1312 Código civil modificado)

Artículo 1118. La simple lesión, cuando no resulta de un suceso casual e imprevisto, da lugar a la rescisión contra toda clase de convenciones, a favor del menor no emancipado y del mayor protegido en los casos previstos por los artículos 491.2 y 510.3 del presente código.

La redención de la lesión puede ser propuesta siempre por la parte que se ha beneficiado de la convención.

(Obs: Comparar art. 1305 actual Código civil)

Artículo 1118.1. Las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad de aquellos con quienes han contratado, cuando esta incapacidad es destinada a asegurar su protección.

(Obs: Código civil art. 1125 actual modificado)

Estas mismas personas pueden oponerse a una acción de nulidad relativa o rescisión entablada contra ellas, mostrando que el acto es útil a la persona protegida y exento de lesión o que se ha convertido beneficioso para ella.

También pueden oponer a la acción de nulidad o rescisión la ratificación del acto por el cocontratante que es o que ha vuelto a ser capaz.

Artículo 1118.2. Cuando la incapacidad de ejercicio es general, la ley asegura la representación o la asistencia de la persona protegida.

Artículo 1118.3. Las personas capaces de contratar pueden conferir a un tercero poder para representarlos.

Artículo 1118.4. Las personas jurídicas contratan por medio de sus representantes.

§ 3. Del poder de actuar en nombre de otro

Artículo 1119. Las convenciones concluidas por los que han recibido de la ley, del juez o de una convención la misión de representar a una parte contratante obedecen a una condición complementaria.

Nota: *Es el llamamiento del artículo 1108 en la versión propuesta.*

El representante legal, judicial o convencional sólo está legitimado a actuar en la esfera de los actos que entran en la capacidad de goce del representante y en el límite de los poderes que le han sido conferidos.

Artículo 1119.1. El representado está obligado solamente por los actos cumplidos por el representante en el límite de sus poderes.

Pero el representante responde de las culpas que ha podido cometer en el ejercicio de estos poderes, principalmente si de ello resulta una causa de nulidad del acto cumplido en nombre del representado.

Artículo 1119.2. Cuando la misión del representante es concebida en términos generales, sólo abarca los actos de administración.

Cuando es concebida en términos expresos, el representante sólo puede cumplir los actos para los cuales está habilitado y los que son el accesorio de ellos.

Artículo 1119.3. El acto cumplido por un representante fuera de sus poderes es nulo. El representado puede, sin embargo, confirmarlo, si tiene capacidad para ello.

Las mismas normas se aplican al acto por el cual el representante es culpable de una desviación de poder en detrimento del representado, a menos que el tercero haya contratado de buena fe.

Artículo 1120. El establecimiento de una representación legal o judicial priva durante su duración al representado de los poderes transferidos al representante.

La representación convencional deja al representado el ejercicio de sus derechos, con reserva de su deber de lealtad hacia su representante.

Nota: *La adjunción de esta reserva es prudente.*

Artículo 1120.1. Se prohíbe al representante actuar en nombre y por cuenta de las dos partes del contrato, o contratar el mismo con el representado, a menos que la ley le autorice o permita al juez autorizarlo.

Sin embargo, la prohibición podría ser quitada, por acuerdo expreso del representado o, en el caso de un agrupamiento, por la decisión lícita de sus miembros.

Artículo 1120.2. El representante no puede emprender o proseguir la misión a la que es llamado si es afectado por una incapacidad o alcanzado por una prohibición.

No puede proseguirla en caso de revocación convencional o judicial de su misión.

SECCIÓN 3. DEL OBJETO (ARTS. 1121 A 1122.3)

Artículo 1121. El contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a ceder la propiedad o a conceder el uso, o se obliga a hacer o no hacer. La detentación de la cosa puede ser transferida igualmente sin que sea concedido el uso de ella, principalmente a título de depósito o de garantía (1).

Nota 1: *Este párrafo es la prolongación del artículo 1127 actual: «El simple uso o la simple posesión de una cosa puede ser, como la cosa misma, el objeto del contrato», pero es más exacto. Luego, si el uso puede ser así el objeto del contrato (su concesión), la posesión, res facti y no res iuris no puede serlo. El texto designa en realidad la detentación (y el término es más rico, ya que implica la obligación de restitución). En la versión propuesta, la detentación es un punto común a los contratos que la conceden con el uso (arrendamiento, préstamo de uso; cfr. más lejos, arts. 1146, 1155 ss., las obligaciones de dar para uso) y contratos que confieren la detentación sin derecho de uso (prenda, depósito).*

Las prestaciones convenidas así caracterizan al contrato como declarativo, constitutivo, translativo o extintivo de derechos y obligaciones.

Se considera no escrita toda cláusula inconciliable con los elementos esenciales.

Observación general: Es útil conservar las nociones y los términos tradicionales (cosa, dar, hacer, no hacer, materia del compromiso, comercio), pero poniéndolos en correspondencia con el uso actual (prestaciones, elementos esenciales, términos y expresiones que aparecen además en muchos otros textos). Toda la red es coherente.

Artículo 1121.1. Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de una convención.

Artículo 1121.2. La cosa que forma la materia del compromiso debe ser lícita.

Debe ser posible y existir en el momento del contrato.

Sin embargo, las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

Artículo 1121.3. La obligación debe tener por objeto una cosa determinada o determinable, a condición de que, en este último caso, el alcance del compromiso no sea dejado a la exclusiva voluntad de una de las partes.

Artículo 1121.4. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, puede, sin embargo, ser convenido que el precio de las prestaciones ofrecidas por el acreedor sea determinado por éste en el momento de cada suministro, sea por referencia a sus propias tarifas, con la carga de justificar el montante para él en caso de contestación.

Artículo 1121.5. Si el alcance de una obligación de hacer no es determinado en el momento del contrato, ni determinable ulteriormente según criterios exteriores a la voluntad de las partes, el precio puede, después de la ejecución, ser fijado por el acreedor con la carga, para éste, de justificar el montante en caso de contestación.

Artículo 1122. La ilicitud del objeto tacha la convención con nulidad absoluta.

La ausencia de objeto es sancionada con la nulidad relativa.

Artículo 1122.1. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo no es una causa de nulidad, salvo el caso en que la ley admite la rescisión del contrato por causa de lesión.

Artículo 1122.2. Sin embargo, la cláusula que crea en el contrato un desequilibrio significativo en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a solicitud de ésta, en los casos en que la ley la protege por una disposición particular, principalmente en su cualidad de consumidor o incluso cuando no ha sido negociada.

(Obs: El último miembro de la frase está inspirado por los Principios Lando).

Artículo 1123. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo, que sobreviene en el curso de la ejecución del contrato, releva de las disposiciones que figuran en el capítulo 3 del presente título, relativo al efecto de las convenciones.

SECCIÓN 4. DE LA CAUSA (ARTS. 1124 A 1126.1)

Artículo 1124. La convención es válida cuando el compromiso tiene una causa real y lícita que la justifica.

Artículo 1124.1. La ausencia de causa es sancionada con la nulidad relativa de la convención. La ilicitud de la causa determina la nulidad absoluta de ésta.

Artículo 1124.2. La convención no es menos válida aunque la causa de ella no sea expresada.

Incumbe al que contesta la causa implícita probar su ausencia o ilicitud.

Artículo 1125. El compromiso queda sin justificación, falto de causa real, cuando, desde el origen, la contrapartida convenida es ilusoria o irrisoria.

Nota: El término «convenida» comprende la referencia al contenido del contrato (su economía).

Se considera no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa.

Artículo 1125.1. El compromiso de restituir una cosa o una suma de dinero tiene por causa la entrega de la cosa o de los fondos al que se obliga.

Cuando el valor suministrado es de un montante inferior al del compromiso, este último debe ser reducido en la medida de su causa, a menos que esta diferencia no esté justificada en la convención.

Artículo 1125.2. El compromiso asumido en contrapartida de una ventaja convenida en beneficio de un tercero tiene por causa

esta ventaja, independientemente del interés moral o material que el que se obliga puede encontrar para el mismo.

Artículo 1125.3. Los contratos aleatorios están desprovistos de causa real cuando, desde el origen, la ausencia de azar hace ilusoria o irrisoria para uno de los contratantes la contrapartida convenida.

Artículo 1125.4. No existe donación ni testamento en caso de ausencia de intención liberal.

Las liberalidades están desprovistas de causa real en caso de ausencia del motivo sin el cual el disponente (su autor) no habría dispuesto.

Artículo 1126. El compromiso está sin justificación, falto de causa lícita, cuando es contratado, por al menos una de las partes, con un fin contrario al orden público, a las buenas costumbres, o, más generalmente, a una norma imperativa.

Artículo 1126.1. La parte que contrata con un fin ilícito sin saberlo la otra debe indemnizarla de todo perjuicio causado por la anulación del contrato.

Toda reclamación es excluida cuando las dos partes tenían conocimiento de la ilicitud.

Nota: *Ilícitud comprende inmoralidad en la disposición que precede.*

SECCIÓN 5. DE LA FORMA (ARTS. 1127 A 1128.2)

§ 1. Disposiciones generales

Art. 1127. En principio, las convenciones son perfectas por el solo consentimiento de las partes, cualquiera que sea la forma que se exprese.

Artículo 1127.1. Por excepción, los actos solemnes están sujetos a la observancia de las formalidades determinadas por la ley, y cuya inobservancia es sancionada con la anulación del acto, a menos que éste pueda ser regularizado.

Artículo 1127.2. Cuando un escrito es exigido para la validez de un acto jurídico, puede ser establecido y conservado en forma electrónica en las condiciones previstas en el capítulo séptimo del presente Título.

En el caso en que una mención manuscrita es requerida por parte del que se obliga, puede establecerla en forma electrónica si las condiciones de esta inserción son susceptibles de garantizar que sólo puede ser efectuada por él.

Artículo 1127.3. Existe excepción a las disposiciones del artículo precedente para los actos en documento privado relativos al derecho de familia y de sucesiones y para los actos en documento privado relativos a las garantías personales o reales, de naturaleza civil o comercial, salvo si son celebrados por una persona para las necesidades de su profesión.

Artículo 1127.4. El régimen de la acción de nulidad por defecto o vicio de forma, cuando no es determinado por la ley, depende de la naturaleza de los intereses que la forma trata de proteger.

Artículo 1127.5. Las formas requeridas a fines de prueba o de oponibilidad no producen efecto sobre la validez de las convenciones.

Artículo 1127.6. Las convenciones que tienen por objeto modificar una convención anterior o ponerla fin están sometidas a las mismas normas de forma que ésta, a menos que se haya dispuesto o convenido de otra manera.

§ 2. De la forma de los contratos electrónicos

Artículo 1128. El que proponga, a título profesional, por vía electrónica, el suministro de bienes o la prestación de servicios, pondrá a disposición las condiciones contractuales aplicables de una manera que permita su conservación y su reproducción. Sin perjuicio de las condiciones de validez mencionadas en la oferta, su autor queda obligado por ella en tanto que sea accesible por vía electrónica su hecho.

La oferta enuncia además:

- 1.º Las diferentes etapas a seguir para concluir el contrato por vía electrónica;
- 2.º Los medios técnicos que permitan al usuario, antes de la conclusión del contrato, identificar los errores cometidos en la captación de los datos y corregirlos;
- 3.º Las lenguas propuestas para la conclusión del contrato;
- 4.º En caso de archivo del contrato, las modalidades de este archivo por el autor de la oferta y las condiciones de acceso al contrato archivado;
- 5.º Los medios para consultar por vía electrónica las normas profesionales y comerciales a las que el autor de la oferta entiende, llegado el caso, someterse.

(Art. 1369.1 Código civil no cambiado)

Artículo 1128.1. Para que el contrato sea válidamente concluido, el destinatario de la oferta debe haber tenido la posibilidad de verificar los detalles de su encargo y su precio total, y corregir eventuales errores, antes de confirmar éste para expresar su aceptación.

El autor de la oferta debe acusar recepción sin plazo injustificado y por vía electrónica del encargo que así le ha sido dirigido.

El encargo, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recepción son considerados como recibidos cuando las partes a las que son dirigidos pueden tener acceso a ellos.

(Art. 1369.2. Código civil no cambiado)

Artículo 1128.2. Existe excepción a las obligaciones previstas en los números 1.º a 5.º del artículo 1369.1 y en los dos primeros párrafos del artículo 1369.2 para los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios que con concluidos exclusivamente por intercambio de correos electrónicos.

Sin embargo, pueden ser derogadas las disposiciones del artículo 1369.2 y de los 1.º al 5.º del artículo 1369.1 en las convenciones concluidas entre profesionales.

(Art. 1369.3. Código civil modificado)

SECCIÓN 6. DE LAS SANCIONES (ARTS. 1129 A 1133)

§ 1. De la nulidad

Artículo 1129. La convención que no cumpla las condiciones requeridas para su validez es nula.

Artículo 1129.1. La nulidad es denominada absoluta o de orden público cuando la norma violada es ordenada para la salvaguarda del interés general.

Se denomina relativa o de protección cuando la norma violada es ordenada para la salvaguarda de un interés privado. Sin embargo, cuando el interés privado procede de un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad reviste un carácter absoluto.

Nota: Los términos «absoluto» y «relativo» tienen hasta tal punto sentidos diferentes que puede ser útil esclarecerlos con un equivalente usual e introducirlos con la palabra «denominada».

Artículo 1129.2. La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona que justifique un interés, así como por el Ministerio público; puede también ser declarada de oficio por el juez.

La nulidad absoluta no puede ser cubierta por la confirmación del acto; éste debe ser rehecho.

Nota: Al artículo 1131.2: armonización con el Código de procedimiento civil: las partes «promueven», el juez «declara».

Artículo 1129.3. La nulidad relativa sólo puede ser invocada por el que la ley entiende proteger. El titular de la acción puede renunciar a ella y confirmar la convención.

Artículo 1129.4. El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad sólo es válido cuando se encuentra en él la sustancia de esta obligación, la mención del motivo de la acción de nulidad y la intención de reparar el vicio sobre el que esta acción está fundada.

A falta de acto de confirmación o ratificación, basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente después de la época en la que la obligación podía ser válidamente confirmada o ratificada.

La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria en las formas y en la época determinadas por la ley, implica la renuncia a los medios y excepciones que se le podían oponer contra este acto, sin perjuicio del derecho de los terceros.

(Art. 1138 Código civil modificado)

Si la acción de nulidad corresponde a varios titulares, la renuncia de uno no impide a los otros para actuar.

Artículo 1129.5. Aquel del que depende la confirmación o la ratificación puede ser puesto en mora por la otra parte sea para confirmar o ratificar, sea para solicitar la nulidad en un plazo de seis meses, bajo sanción de preclusión.

Artículo 1129.6. El donante no puede reparar por acto confirmatorio los vicios de una donación entre vivos, nula en la forma; es preciso que sea rehecha en forma legal.

(Art. 1139 Código civil no cambiado)

La confirmación o ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante, después de su fallecimiento, implica su renuncia a oponer ya los vicios de forma, ya cualquier otra excepción.

(Art. 1140 Código civil no cambiado)

Artículo 1130. La acción de nulidad absoluta prescribe a los diez años y la acción de nulidad relativa a los tres años, a no ser que la ley haya dispuesto otra cosa.

La excepción de nulidad no prescribe si se relaciona con una convención que no ha recibido ejecución alguna.

Artículo 1130.1. La nulidad es pronunciada por el juez, a no ser que las partes del acto la constaten de común acuerdo.

Artículo 1130.2. Cuando la causa de nulidad sólo afecta a una cláusula de la convención, determina la nulidad del acto entero si esta cláusula ha constituido un elemento determinante del compromiso de las partes o de una de ellas.

La convención es mantenida si la finalidad de la norma violada exige su mantenimiento o si la ley considera no escrita una cláusula que, desde entonces, no vincula al deudor.

Las mismas normas se aplican al caso en que la nulidad sólo afecta a una parte del acto.

Artículo 1130.3. La convención nula se considera que no ha existido nunca,

Las prestaciones ejecutadas dan lugar a restitución en especie o en valor, según las distinciones enunciadas en los artículos 1161 a 1164.7.

§ 2. De la caducidad

Artículo 1131. La convención válidamente formada deviene caduca por la desaparición de uno de sus elementos constitutivos o la extinción de un elemento extrínseco al que estaba subordinada su eficacia.

La caducidad produce efecto, según los casos, retroactivamente o solo para el futuro.

[Obs: Se aplica al acto unilateral (V art. 1101 in fine)]

Artículo 1132. La convención que no cumpla todas las condiciones para su plena eficacia respecto de los terceros les es inoponible.

Artículo 1132.1. La inoponibilidad es relativa. No anulando la convención, neutraliza los efectos respecto de las personas que tienen derecho de no sufrirla, con la carga para ellas de establecer la circunstancia que justifica esta ineficacia, como por ejemplo la comisión de un fraude o la falta de publicación de un acto.

§ 4. De la regularización

Artículo 1133. Cuando la ley lo autoriza, la regularización restituye su pleno efecto a un acto por la supresión de la imperfección que lo afecta o por el cumplimiento de la formalidad requerida.

CAPÍTULO III. DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 1134 Y 1135)

Artículo 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre los que las han hecho.

Sólo pueden ser revocadas por su consentimiento mutuo, o por las razones que la ley autoriza.

Deben ser cumplidas de buena fe.

Artículo 1134.1. Las partes pueden, en las condiciones de su convención, del uso o de la ley reservarse la facultad de retractarse o acordarla a una de ellas.

Notas: La facultad de retractación se supone que resulta aquí de una cláusula, pero su ejercicio está sujeto a condiciones que determinan, según los casos, el uso o la convención.

La facultad de retractación es, en general, unilateral. Nada excluye, sin embargo, que sea establecida recíprocamente.

Artículo 1135. Las convenciones obligan no sólo a lo que se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza.

(Obs: Art. 1135 actual Código civil).

Se debe, especialmente, suplir en el contrato las cláusulas que son usuales, aunque no sean expresadas en él.

(Obs: Es el actual artículo 1160, que parece mejor situado en la estela del artículo 1135).

Artículo 1135.1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden obligarse a negociar una modificación de su convención para el caso en que acontezca que, por efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas fuese perturbado al punto que el contrato pierda todo interés para una de ellas.

Artículo 1135.2. A falta de una cláusula semejante, la parte que pierde su interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia que ordene una nueva negociación.

Artículo 1135.3. Llegado el caso, se iría a estas negociaciones como se ha dicho en el capítulo 1.º del presente título.

Su fracaso, exento de mala fe, abriría a cada parte la facultad de resolver el contrato sin gastos ni daños.

[Obs: Estos textos eluden la imprevisión y se limitan a una referencia a las circunstancias (Cfr. art. 900-Código civil). Están fun-

dados en la pérdida del interés en el contrato; estando en el título oneroso esta fórmula parece más adaptada a la situación que la del artículo 900.2. Están en coherencia con las disposiciones preliminares del capítulo 1 relativas a la negociación).

SECCIÓN 2. DE LA INTERPRETACIÓN Y DE LA CALIFICACIÓN (ARTS. 1136 A 1143)

§ 1. De la interpretación

Artículo 1136. Se debe en las convenciones buscar cual ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que atenerse al sentido literal de los términos.

Nota: Es esencial mantener en el párrafo que figura en la cabecera la disposición del artículo 1156, pilar y norma memorable que tiene la fuerza obligatoria de un adagio. Proclama el principio de la interpretación, el principio exegético de que el espíritu se impone sobre la letra.

Esta opción fundamental es más preciosa cuando, sin desconocer las diferencias específicas, la lectura de la ley contractual ha sido siempre considerada –y hoy en día todavía– como el modelo de la ley estatal (al menos en primera lectura).

Se debe semejantemente en el acto unilateral hacer prevalecer la intención real de su autor.

Nota: Sobreentendido en el sentido literal, esto es comprendido en el semejante.

En la interpretación de una decisión colectiva (colegial), se debe hacer prevalecer el sentido más conforme al interés común de los miembros de la colectividad.

Artículo 1137. Todas las cláusulas de los contratos se interpretan las unas en relación con las otras, dando a cada una el sentido que respete la coherencia del acto entero.

Los contratos que forman un conjunto contractual se interpretan también los unos en función de los otros.

Artículo 1138. Las cláusulas claras y precisas no están sujetas a interpretación, con pena de desnaturalización del acto.

Artículo 1138.1. Por muy generales que sean los términos en los que una convención sea concebida, no comprende las cosas sobre las que parece que las partes se han propuesto contratar.

(Obs: Art. 1164 Código civil no cambiado).

Artículo 1138.2. Cuando en un contrato se ha expuesto un caso para la explicación de la obligación, no se considera haber querido por eso restringir el alcance que el compromiso recibe jurídicamente en los casos no expresados.

(Obs: Art. 1164 Código civil no cambiado).

Nota: *Es esencial mantener el paralelismo histórico entre estas dos disposiciones complementarias, relativas a dos equívocos de redacción: enunciado general o enunciado demasiado particular...*

Artículo 1139. El contrato se interpreta de acuerdo con razón y la equidad.

Artículo 1139.1. Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse antes en aquel con el que pueda producir algún efecto, que en el sentido en que no podría producir alguno.

(Obs: Art. 1157 civ no cambiado)

Artículo 1139.2. Los términos susceptibles de dos sentidos deben ser tomados en el sentido que conviene más a la materia del contrato.

(Obs: Art. 1158 no cambiado).

Artículo 1139.3. Lo que es ambiguo se interpreta por lo que es usual en el lugar donde el contrato es celebrado y por la práctica de las partes.

Artículo 1140. En la duda, el contrato se interpreta contra el que ha estipulado y a favor del que ha contraído la obligación.

Artículo 1140.1. Sin embargo, cuando la ley contractual ha sido establecida por la influencia dominante de una parte, se debe interpretar a favor de la otra.

Artículo 1141. La interpretación del contrato se funda en el análisis del conjunto de sus elementos. El desconocimiento de sus elementos esenciales constituye una desnaturalización.

Nota: *Es un clásico: jurisprudencia constante, pero con un enunciado más legislativo. No se puede recoger en la ley el desarrollo jurisprudencial que sitúa la interpretación del contrato en la apreciación soberana de los jueces de fondo, y la desnaturalización, error de derecho, con la censura del Tribunal de Casación. Un semejante desarrollo se coloca en efecto en relación con el reparto del poder jurisdiccional entre el juez de hecho y el juez de derecho. La disposición propuesta dice la misma cosa, pero dando la explicación fundamental del reparto, en suma, porque la interpretación es apreciación de hecho y porque la desnaturalización*

error de derecho. Lo que depende del fondo, del Derecho civil (puro).

El interés de esta disposición radica en hacer coordinar la norma que enuncia con la definición del objeto del contrato (idéntica referencia a los elementos esenciales del contrato, a la naturaleza, red central coherente (Cfr. art. 1124).

§ 2. De la calificación

Nota: La calificación puede intervenir en tres niveles. Cuando las partes dan por sí mismas una denominación a su acuerdo, hay lugar a tomar en consideración, como dato básico, esta calificación convencional. En el caso particular que reserva el artículo 12, párrafo 3 del Código de procedimiento civil, se impone incluso al juez: así es cuando «en virtud de un acuerdo expreso y para los derechos de los que tienen la libre disposición», vinculan al juez por la denominación que han escogido. En este último caso, la calificación original es la única a considerar.

Fuera de este caso, entra en el oficio del juez (es un deber) ya calificar el contrato litigioso cuando las partes no han previsto nada, ya en el caso contrario, restituir a la convención litigiosa su verdadera calificación «sin detenerse en la denominación que las partes le hayan propuesto» si es inexacta (art. 12 cit, p. 2).

La calificación o la recalificación emana entonces de los jueces del fondo. Bajo el control del Tribunal de Casación, esta calificación jurisdiccional puede ser censurada por error de derecho.

Si se hace abstracción de las normas de Derecho procesal, el punto de Derecho sustancial que tiene su lugar en el Código civil es precisar sobre qué criterios de fondo reposa el control jurisdiccional de la calificación (y luego igualmente éste): se funda en los elementos esenciales del contrato, más precisamente en los elementos esenciales que, en la realidad, las partes han dado como base de su acuerdo.

Artículo 1142. Cuando las partes han dado a su acuerdo una denominación, hay que seguirla.

Cuando es inexacta, el juez rectifica esta calificación fuera del caso en que se impone a él. Se funda para recalificar en los elementos que las partes, en la realidad, han dado como base a su acuerdo.

Cfr. N. C. P. C. art. 12, p. 3: «Todas las veces, el (juez) no puede cambiar la denominación o el fundamento jurídico cuando las partes, en virtud de un acuerdo expreso y para los derechos de los que tienen la libre disposición, lo han ligado por las califi-

caciones y puntos de derecho a los cuales entienden limitar el debate.

Artículo 1143. El acto nulo que no responda a las condiciones de validez correspondiente a la calificación escogida por las partes subsiste, reducido, si responde a las condiciones de validez de otro acto cuyo resultado es conforme a su voluntad.

Nota: *Es una aplicación de la máxima potius ut valeat, aquí por vía de recalificación.*

SECCIÓN 3. DE LAS DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES (ARTS. 1144 A 1151)

Artículo 1144. La obligación de hacer tiene por objeto una acción, como la realización de una obra o una prestación de servicios, así en la empresa o el arrendamiento de servicios; la de no hacer una abstención, así la no competencia, el no restablecimiento, la no divulgación o la no construcción.

Artículo 1145. La obligación de dar tiene por objeto la enajenación de la propiedad o de otro derecho, como en la venta, la donación, la cesión de créditos o la constitución de usufructo.

Artículo 1146. La obligación de dar en uso tiene por objeto la concesión del uso de una cosa con la carga de restitución, como en el arrendamiento o el préstamo de uso; no tiene lugar en las convenciones que se refieren a la detentación sin derecho de uso, como la prenda y el depósito.

Nota: *La obligación de dar en uso no se reduce ni a la obligación de dar ni a la obligación de hacer. Corresponde a un concepto autónomo: constituye una categoría distinta que se caracteriza por la naturaleza específica y limitada del derecho conferido, un derecho de uso y por la obligación de restitución. Dicho de otra manera, y en dos palabras, hace un precarista, no un propietario, no el deudor de una suma de dinero, sino un usuario obligado a restitución. La summa divisio «dar», «hacer», debería dar lugar a la trilogía «dar», «dar en uso» y «hacer» (o no hacer).*

Lingüísticamente la expresión «dar en uso» que es bastante concisa para tener su lugar en el primer párrafo del artículo 1101.1 entre «dar» y «hacer», es afortunada, ya que evoca «dar en arrendamiento» y «préstamo de uso». Luego, justamente, el arrendamiento y el préstamo de uso son las dos aplicaciones tópicas del arquetipo «dar en uso».

Artículo 1147. La obligación es monetaria cuando se refiere a una suma de dinero. Cualquier otra obligación es denominada en especie.

Las obligaciones monetarias, en cualquier divisa, son fungibles, salvo disposición o acuerdo en contrario.

Artículo 1148. La obligación de valor consiste en suministrar al acreedor, en dinero o en especie, una ventaja económica variable según las circunstancias, que le garantiza, en el tiempo, una satisfacción apropiada, mediando la actualización de su montante en el día de su ejecución.

La obligación de valor es monetaria cuando su objeto es suministrar una suma de dinero determinable en la fecha de la exigibilidad; es en especie cuando su objeto es proveer a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa, salvo, en estos dos casos, que sea convertida, por convención o decisión judicial, en una obligación monetaria revisable.

Artículo 1149. La obligación es denominada de resultado cuando el deudor está obligado, salvo caso de fuerza mayor, a procurar al acreedor la satisfacción prometida, de tal manera que, exceptuado este caso, su responsabilidad surge por el solo hecho de que no ha conseguido alcanzar el fin fijado.

La obligación es denominada de medios cuando el deudor está obligado solamente a aportar los cuidados y diligencias normalmente necesarios para alcanzar un cierto fin, de tal manera que su responsabilidad está subordinada a la prueba de que ha faltado la prudencia o diligencia.

Nota: Muy a menudo las partes no precisan expresamente a lo que se obligan (resultado o medio). Sin duda es mejor evitar el verbo «obligarse». Una expresión neutra parece preferible; por ejemplo «estar obligado» que vale en el silencio de las partes. En una vía programática la diferencia específica se refiere al régimen de la prueba. Sin duda es preferible destacarla, aventurándose a conciliar el criterio de fondo y el criterio de prueba.

Artículo 1150. La obligación de seguridad, inherente a algunos compromisos contractuales, impone velar por la integridad de la persona del acreedor y de sus bienes.

Artículo 1151. La obligación natural cubre un deber de conciencia hacia otro. Puede dar lugar a una ejecución voluntaria, sin repetición, o a una promesa ejecutoria de cumplirla.

Nota: El deber de conciencia no tiene necesidad de ser calificado legítimo: se basta efectivamente por sí mismo.

Sección 4. DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1152 A 1156.2)

§ 1. De la obligación de dar

Artículo 1152. La obligación de dar se ejecuta en principio por el solo intercambio de los consentimientos.

Sin embargo, su ejecución puede ser diferida por la voluntad de las partes, una disposición de la ley o la naturaleza de las cosas.

Se ejecuta en especie cualquiera que sea su objeto, corporal o incorporal.

Su ejecución hace al acreedor titular del derecho transmitido y pone a sus riesgos y peligros la cosa objeto de este derecho, aunque la tradición no haya sido hecha.

(Cfr. art. 1138, p. 2 y 1302, p. 1 Código civil).

Artículo 1152.1. La obligación de dar comporta la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, prestando todos los cuidados de un buen padre de familia.

(Cfr. art. 1136 Código civil).

La pérdida de la cosa libera al deudor de sus obligaciones, con la carga de probar que ha tenido lugar sin su culpa. Sin embargo, está obligado, si existen algunos derechos o acciones de indemnización con relación a esta cosa, a cederlos a su acreedor.

(Cfr. art. 1303 Código civil).

Artículo 1152.2. Cuando el deudor es puesto en mora en la entrega de la cosa, ésta queda o pasa a sus riesgos.

(Cfr. art. 1138, p. 2 Código civil).

En caso de pérdida de la cosa, el deudor en mora debe la restitución del precio, a no ser que la cosa hubiese perecido igualmente para el acreedor si le hubiera sido entregada.

(Cfr. art. 1302, p. 2, Código civil).

Artículo 1152.3. El deudor es puesto en mora ya por un requerimiento o un acto equivalente del que surge una interpelación, ya, si la convención lo prevé, por el solo vencimiento del término.

(Cfr. art. 1139, p. 2 Código civil).

Artículo 1153. Si la cosa que él se ha obligado a dar a dos personas sucesivamente es puramente mobiliaria, la de las dos que ha sido puesta en posesión real es preferida y se será la propietaria,

aunque su título sea posterior en fecha, siempre que la posesión sea de buena fe.

Artículo 1153.1. Los efectos de la obligación de dar un inmueble son regulados en el título De la venta y en el título De los privilegios e hipotecas.

§ 2. De las obligaciones de hacer o de no hacer

Artículo 1154. La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta si es posible en especie.

Su ejecución puede ser ordenada con coacción u otro medio de constreñimiento, salvo si la prestación esperada tiene un carácter eminentemente personal.

En ningún caso, puede ser obtenida por una coerción atentatoria a la libertad o a la dignidad del deudor.

Nota: La alteración del principio es bienvenida. Sin duda es mejor enunciarla objetivamente antes que por la vía de un «derecho a».

¿Es necesario añadir «cuando es posible»? Existe el pro y el contra (precaución o evidencia). Si el pro lo determina, se puede comprender el enunciado: «La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta si es posible en especie».

Sin embargo, la alteración es más admisible, ya que no erradica lo que existe de irreductible en la exclusión de la coerción sobre la persona. De aquí la propuesta del párrafo tercero que encierra muy de cerca la máxima «Nemo praecise cogi ad factum».

El término «prestación» evoca bien la acción personal del deudor que lo pone fuera del alcance de la compulsión o de la orden.

Artículo 1154.1. En caso de inejecución por parte del deudor, la obligación se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, los cuales surgen jurídicamente por el solo hecho de la contravención, si la obligación es de no hacer.

Artículo 1154.2. Sin embargo, el acreedor puede ser autorizado a hacer ejecutar por sí mismo la obligación o a destruir lo que ha sido hecho en contravención de ésta. Totalmente a costa del deudor, que puede ser condenado, llegado el caso, a avanzar las sumas necesarias para esta ejecución.

§ 3. De la obligación de dar en uso

Artículo 1155. La obligación de conceder el uso de una cosa impone entregarla y mantenerla en estado de servir durante un cier-

to tiempo al término del cual el detentador está obligado a restituirla; totalmente salvo estipulación o disposición contraria.

Estas obligaciones pueden referirse a un bien corporal o incorporal.

Se ejecutan en especie.

Artículo 1155.1. En caso de conflicto entre varias personas que pretenden el uso de la cosa, aquel cuyo título sea primero en la fecha debe ser preferido.

Artículo 1155.2. Cuando las partes no han previsto un plazo para la restitución de la cosa, debe ser restituida en un plazo razonable y, salvo urgencia, después de un preaviso dado al deudor.

Artículo 1155.3. Sin embargo, el detentador tiene fundamento para retener la cosa hasta el pago completo de las sumas que le son debidas en virtud del título de un crédito unido a la cosa.

Nota del traductor: no aparece en el Anteproyecto el texto de los artículos 1156.1 y 2, sin que se dé ningún tipo de explicación, a pesar que en la sección 4 se aluda a los artículos 1152 a 1156.2.

SECCIÓN 5. DE LA INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1157 A 1160.1)

Artículo 1157. En un contrato sinalagmático, cada parte puede rehusar la ejecución de su obligación en tanto que la otra no ejecute la suya.

Cuando la inejecución resulta de una fuerza mayor o de otra causa legítima, el contrato puede ser suspendido también si la inejecución no es irremediable.

A la excepción de inejecución, la otra parte puede replicar probando judicialmente que la suspensión del contrato no está justificada.

[Obs:

1) *La referencia a los contratos sinalagmáticos, ámbito de la excepción, parece necesaria (sobre todo por oposición al artículo 1161).*

2) *La valoración de la inejecución fortuita o legítima (servicio nacional, maternidad, huelga, casos más particulares) puede ser útil (y es la ocasión para afirmar el carácter no irremediable de la inejecución, postulado de la suspensión).*

3) *El establecimiento como factor común de la prueba en contra en vía judicial, bajo una forma genérica, parece oportuno.*

Artículo 1158. En todo contrato, la parte respecto de la cual el compromiso no ha sido ejecutado, o lo ha sido imperfectamente, tiene la opción o de exigir la ejecución del compromiso o de provocar la resolución del contrato o de reclamar indemnización de daños y perjuicios, a los cuales pueden, llegado el caso, añadirse la ejecución o la resolución.

Cuando opta por la resolución, el acreedor puede ya demandarla al juez, ya, por sí mismo, poner en mora al deudor que no satisface su compromiso en un plazo razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato.

Si la inexecución persiste, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato y las razones que la motivan. Ésta toma efecto en el momento de la recepción de la notificación por la otra parte.

[Obs:

1) *En un primer párrafo bisagra, es útil abrir el abanico de todas las posibilidades (cfr. art. 1370).*

2) *Cabe la resolución a través de una doble vía: ¿Por qué cerrar la resolución judicial abriendo la resolución unilateral? Es la ocasión de destacar que el acreedor toma este partido a su riesgo y peligro.*

3) *La resolución unilateral puede chocar. Es útil establecerla, pero con precauciones de forma (pensando en el lado psicológico de la innovación). La fórmula «declaro que el contrato será resuelto» sería demasiado categórica. Para un mismo resultado, se puede redondear la iniciativa con un giro menos «unilateral» enunciando «tendrá el contrato por resuelto».*

Artículo 1158.1. Está permitido al deudor oponerse judicialmente a la decisión del acreedor alegando que el incumplimiento que le es imputado no justifica la resolución del contrato.

El juez puede, según las circunstancias, declarar válida la resolución u ordenar la ejecución del contrato, otorgando eventualmente un plazo al deudor.

Artículo 1159. Las cláusulas resolutorias deben designar expresamente los compromisos cuya inexecución entraña la resolución del contrato.

La resolución está subordinada a una puesta en mora infructuosa, si no ha sido convenido que resultará del mero hecho de la inexecución. La puesta en mora sólo es eficaz si recuerda en términos aparentes la cláusula resolutoria.

En cualquier hipótesis, la resolución sólo produce efecto por la notificación que es hecha al deudor y en la fecha de su recepción.

Artículo 1160. La resolución puede tener lugar para una parte solamente del contrato, cuando su ejecución es divisible.

Artículo 1161.1. La resolución del contrato libera a las partes de sus obligaciones.

En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, la resolución implica rescisión; el compromiso de las partes finaliza para el futuro, a contar de la asignación de la resolución o de la notificación de la resolución unilateral.

Si el contrato ha sido ejecutado parcialmente, las prestaciones intercambiadas no dan lugar a restitución ni indemnización cuando su ejecución ha sido conforme a las obligaciones respectivas de las partes.

En los contratos de ejecución instantánea, es retroactiva; cada parte restituye a la otra lo que ha recibido, según las normas que aparecen en la sección 6 del presente capítulo.

SECCIÓN 6. DE LAS RESTITUCIONES DESPUÉS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO (ARTS. 1161 A 1164.7)

Artículo 1161. Las restituciones después de la terminación, por anulación o resolución del contrato son gobernadas por las normas siguientes.

Estas normas son aplicables, salvo disposición o convención particular, en otros casos de restitución, principalmente la caducidad, cuando produce un efecto retroactivo.

Nota: La multiplicidad de las hipótesis de restitución hace necesario que sea desde el umbral determinado el ámbito de aplicación de las normas dictadas para las restituciones después de la terminación del contrato.

§ 1. Principios

Artículo 1162. La anulación y la resolución retroactiva del contrato comportan, de pleno derecho, la restitución íntegra y si hay lugar recíproca de las ventajas recibidas en ejecución del contrato.

Cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes, ésta debe además indemnizar a la otra de todos los daños y perjuicios.

Artículo 1162.1. La obligación de restitución se beneficia de las garantías estipuladas para el pago de la obligación primitiva.

Prescribe en el mismo plazo que la nulidad o la resolución que la determina.

Artículo 1162.2. El juez, teniendo en cuenta una acción de nulidad o de resolución, puede pronunciarse de oficio sobre las restituciones incluso cuando no hubiese sido requerido a ello.

El mismo pronuncia la compensación judicial de las deudas fungibles de restitución.

La sentencia de anulación o de resolución entraña inversión de la prescripción aplicable a la obligación de restitución.

Artículo 1162.3. Se puede denegar toda restitución, al que a sabiendas contraviene el orden público, las buenas costumbres o, más generalmente, una norma imperativa.

§ 2. Modalidades de la restitución

Artículo 1163. Las modalidades de la restitución dependen de la naturaleza de las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato.

Artículo 1163.1. Después de la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer, la restitución tiene lugar en valor.

El montante de la restitución es calculado teniendo en cuenta las ventajas directas e indirectas que las partes han podido obtener de la ejecución del contrato, según su estimación en el día de la restitución.

Artículo 1163.2. La restitución de una suma de dinero se hace por equivalente. Entonces es la suma numérica enunciada en el contrato.

Artículo 1163.3. La restitución de un cuerpo cierto se hace en especie cuando la cosa existe todavía en poder del que la ha recibido.

Se hace en valor cuando la cosa no es ya individualizable en virtud de su destrucción voluntaria o fortuita, su transformación o su incorporación.

Artículo 1163.4. La restitución de una cosa genérica además de una suma de dinero se hace por equivalente a no ser que aquél al que es debida prefiera recibir su valor.

Artículo 1163.5. Cuando la cosa a restituir ha perecido fortuitamente o por el hecho de un tercero, la restitución se produce de pleno derecho en virtud de la indemnización del seguro o de responsabilidad o sobre el crédito de indemnización por subrogación.

Cuando la cosa a restituir ha sido vendida, la restitución se produce de pleno derecho sobre el precio o el crédito del precio de la venta por subrogación.

Artículo 1163.6. En todos los casos en que la restitución no ha tenido lugar en especie o por subrogación, el juez estima el valor de la cosa en el día en que se pronuncia, según su estado en el día del pago de la obligación.

§ 3. Reglamentos complementarios

Artículo 1164. La restitución se refiere al principal de la prestación cumplida y sus accesorios en el día del pago.

Artículo 1164.1. Los accesorios de la suma de dinero a restituir comprenden los intereses al tipo legal y las tasas satisfechas al que ha recibido el precio en complemento de éste.

Artículo 1164.2. Cuando la restitución se refiere a una cosa distinta de una suma de dinero, los accesorios comprenden los frutos y el goce que ha procurado.

La restitución de los frutos naturales, industriales o civiles, si no se encuentran en especie, tiene lugar según su valor estimado en la fecha del reembolso, de acuerdo con el estado de la cosa en el día del pago de la obligación. Cuando los provechos proceden en parte de la mejora de la cosa por aquel que la hace, la restitución se lleva a cabo en proporción de los que habría producido en su estado inicial.

La restitución del goce es estimada por el juez en el día en que se pronuncia.

Artículo 1164.3. Los gastos ocasionados por el contrato pueden ser puestos a cargo de la parte a quien la anulación o la resolución es imputable.

Artículo 1164.4. Los gastos correspondientes a la cosa pueden dar lugar a restitución.

Aquel al que la cosa es restituida debe tener en cuenta respecto al que la hace todos los gastos necesarios para la conservación de la cosa

También debe tener en cuenta los gastos que han mejorado el estado de la cosa en la medida en que resulta de ello un aumento de su valor.

Artículo 1164.5. Inversamente, el que debe restituir la cosa responde de las degradaciones y deterioros que han disminuido el valor o entrañado su pérdida.

Artículo 1164.6: Las plusvalías y las minusvalías producidas en la cosa restituida son estimadas en el día de la restitución.

SECCIÓN 7. DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES RESPECTO A LOS TERCEROS (ARTS. 1165 A 1172.3).

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 1165. Las convenciones sólo vinculan a las partes contratantes; las mismas sólo producen efecto respecto de los terceros en los casos y límites a continuación explicados.

Nota: *Este enunciado global parece preferible a la oposición reductora de «prodesse» y «nocere».*

Artículo 1165.1. Los pactos secretos sólo pueden producir efecto entre las partes contratantes; no tienen efecto contra los terceros.

Artículo 1165.2. Las convenciones son oponibles a los terceros; éstos deben respetarlas y pueden prevalerse de ellas, sin tener derecho a exigir la ejecución.

§ 2. De la sustitución del contrato y de la transferencia del contrato

Artículo 1165.3. Los derechos y obligaciones de una persona difunta, cuando no se extinguen por el hecho de su fallecimiento, se transmiten a sus herederos según las normas establecidas en los títulos De las sucesiones y de las donaciones entre vivos y los testamentos.

De manera semejante, los herederos o legatarios del difunto, o algunos de ellos, pueden ocupar su lugar en los contratos en los que era parte y cuya ejecución se prosigue después de su fallecimiento, si esta sustitución es establecida por la ley, prevista por una convención o estipulada por el difunto en su testamento.

Artículo 1165.4. Un contratante no puede sin el acuerdo expreso o tácito de su cocontratante ceder entre vivos a un tercero su calidad de parte en el contrato.

Artículo 1165.5. Existe una excepción a este principio en los casos previstos por la ley.

Excepto en estos casos, la sustitución de concontratante se opera cuando el contrato forma parte integrante de una operación que forma un conjunto indivisible, como son las fusiones o escisiones de sociedades y las aportaciones parciales de activos.

Salvo convención en contrario, corresponde al cocontratante, cuando la transferencia ha tenido lugar sin su acuerdo, retirarse del contrato al término de un preaviso razonable.

§ 3. De las acciones correspondientes a los acreedores

Nota: *Los acreedores son, sin duda, terceros, pero existe más que un matiz entre los «terceros acreedores» y los «terceros extraños».*

Artículo 1166. Los acreedores pueden, en nombre de su deudor, ejercer todos los derechos y acciones de éste, con excepción de los que están vinculados exclusivamente a la persona.

Nota: *Esta formulación establece mejor la diferencia entre la acción oblicua y la acción pauliana.*

Sólo justifican su interés en actuar mediante la carga de probar que la insolvencia de su deudor les causa perjuicio.

Artículo 1167. Los acreedores pueden también, en su propio nombre, impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos, con la carga de establecer, si se trata de un acto a título oneroso, que el tercero cocontratante ha tenido conocimiento del fraude.

El acto reconocido fraudulento es inoponible a los acreedores, de tal manera que éstos no deben sufrir ninguno de sus efectos. Llegado el caso, el tercero adquirente está obligado a restituir lo que había recibido fraudulentamente.

La acción sólo puede ser ejercida durante los tres años que siguen al conocimiento que los acreedores tienen del fraude.

Artículo 1167.1. Los acreedores que ejercen la acción establecida por el artículo 1166 son pagados por detracción sobre las sumas que, por efecto de su recurso, entran en el patrimonio del deudor negligente.

La acción establecida por el artículo 1167 beneficia de acuerdo con el principio de prioridad a los acreedores que lo han intentado y a los que actúan juntos en la instancia.

Artículo 1167.2. En cuanto a sus derechos enunciados en el título De las sucesiones y en el título Del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales, los acreedores deben conformarse a las normas que son prescritas para ello.

Artículo 1168. Determinados acreedores están investidos por la ley del derecho a actuar directamente en pago de su crédito contra el deudor de su deudor, en el límite de los dos créditos.

La acción directa es establecida igualmente cuando permite sólo evitar el empobrecimiento injusto del acreedor, teniendo en cuenta el vínculo que une los contratos.

§ 4. Del garante y de la estipulación por otro

Artículo 1169. Uno no puede obligarse, en general, ni estipular en su propio nombre más que por sí mismo.

Nota: *La ventaja de conservar este artículo en la cabecera es, de una parte, mantener aquí el término «estipular» en su sentido específico (hacer prometer) que tiene, aquí, todo su valor, incluso si es hoy en día minoritario relativamente en el sentido genérico en el que es sinónimo de concluir (convenir).*

Artículo 1170. Sin embargo, se puede ser garante de un tercero, prometiendo lo debido por éste; salvo la indemnización contra el que es garante si el tercero rechaza cumplir lo prometido o ratificar el compromiso.

Si el tercero cumple lo prometido o ratifica el compromiso, el garante se libera de toda obligación, y el compromiso es válido retroactivamente en la fecha en la que ha sido suscrito.

Nota: Es preferible mantener en el primer párrafo el tenor actual del artículo 1120, porque pone en primer lugar, y en boga, el riesgo de la operación de garante y su efecto propio (el que produce al mismo y a él solo): la carga de indemnización. Es un anuncio conminatorio. La ratificación es otro acto jurídico que viene a continuación (cuando viene) y produce entonces su efecto propio.

El tercero que hereda del garante debe cumplir el compromiso de su autor.

Artículo 1171. Uno de los cocontratantes, denominado estipulante, puede hacer prometer al otro, el promitente, cumplir una prestación en beneficio de un tercero beneficiario, a condición de que éste, siendo una persona futura, sea precisamente designado, o pueda ser determinado en el momento de la ejecución de la promesa y que tenga, en esta fecha, la capacidad de recibir.

Nota: El interés de esta disposición de cabecera es abrir, en el principio, la eventualidad de una estipulación por otro. Lo es igualmente designar a los protagonistas de esta operación triangular, especialmente el estipulante, como eco del verbo estipular mantenido en el artículo 1169, lo que permite, de pasada, definirlo con precisión.

Artículo 1171.1. Mientras que el tercero no haya aceptado el beneficio de la estipulación hecha en su favor, ésta puede ser libremente revocada por el estipulante.

Cuando tiene lugar antes de la revocación, la aceptación hace la estipulación irrevocable desde que su autor o el promitente tiene conocimiento de ella.

Investido desde entonces del derecho de actuar directamente contra el promitente para la ejecución del compromiso, se considera que el beneficiario ha tenido este derecho desde su constitución.

Nota: Despojada de todos los detalles, esta disposición es reducida a lo esencial. Parece en efecto capital articular todos los resortes del mecanismo jurídico de la estipulación por otro, tal como lo han cincelado la jurisprudencia pretoriana de finales del

siglo XIX. Es el núcleo –la joya– de las sentencias de 1888: la libre revocación de la estipulación por otro hasta la aceptación. La irrevocabilidad de la estipulación que resulta de la aceptación en tiempo útil, y la retroactividad de la aceptación, todo esto alrededor de un eje: el derecho directo.

Artículo 1171.2. La revocación sólo puede emanar del estipulante, o, después de su fallecimiento, de sus herederos. Estos sólo pueden proceder a ella tras la expiración de un plazo de tres meses a contar del día en que han puesto al beneficiario en mora para aceptarla.

La revocación produce efecto desde el momento en que el tercero beneficiario o el promitente ha tenido conocimiento de ella. Cuando es hecha por testamento, produce efecto en el momento del fallecimiento. Si no se ha establecido una nueva designación de beneficiario, la revocación beneficia, según el caso, al estipulante o a sus herederos. El tercero inicialmente designado se considera que no se ha beneficiado nunca de la estipulación hecha en su favor.

Artículo 1171.3. La aceptación puede emanar del beneficiario, o, después de su fallecimiento, de sus herederos, salvo estipulación en contrario. Puede ser expresa o tácita. Incluso puede intervenir después del fallecimiento del estipulante o del promitente.

Artículo 1171.4. El propio estipulante tiene fundamento para exigir del promitente la ejecución de su compromiso frente al beneficiario.

§ 5. Del efecto de los contratos interdependientes

Artículo 1172. Los contratos concomitantes o sucesivos cuya ejecución es necesaria para la realización de una operación de conjunto a la cual pertenecen son considerados como interdependientes en la medida determinada a continuación.

Artículo 1172.1. Las cláusulas que organizan las relaciones de las partes en uno de los contratos del conjunto sólo se aplican en las otras convenciones si han sido reproducidas en él y aceptadas por los otros contratantes.

Artículo 1172.2. Sin embargo, algunas cláusulas que figuran en uno de los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las otras convenciones, con tal que estos hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de su compromiso y no hayan formulado reservas.

Así acontece en las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, en las cláusulas compromisorias y en las cláusulas de atribución de competencia.

Artículo 1172.3. Cuando uno de los contratos interdependientes es afectado por nulidad, las partes de los otros contratos del mismo conjunto pueden prevalerse de su caducidad.

CAPÍTULO IV. DE LAS MODALIDADES DE LA OBLIGACIÓN

SECCIÓN 1. DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES (ARTS. 1173 A 1184.1)

§ 1. De la condición en general

Artículo 1173. La obligación es condicional cuando se hace depender de un suceso futuro e incierto.

El suceso al que se suspende el nacimiento de la obligación es una condición suspensiva; aquel del que depende su desaparición es, según el caso, una condición resolutoria o extintiva.

Nota: El establecimiento de la condición suspensiva y de la condición resolutoria (retroactiva) se enriquece (V. Carbonnier) si se le añade una tercera clase, la condición extintiva (no retroactiva).

Artículo 1174. Toda condición de una cosa imposible o ilícita es nula y hace nula la convención que depende de ella.

Nota: Ilícita: término genérico preferible a la enumeración actual.

Sin embargo, la convención puede ser mantenida y la condición considerada no escrita cuando en realidad esta no ha sido para las partes un motivo determinante para contratar.

Nota: La excepción abre, a posteriori, una apreciación judicial (lo que corresponde a la práctica).

De la misma manera, la condición de no hacer una cosa imposible no motiva que sea nula la obligación contratada con esta condición.

Nota: Agrupación en el mismo artículo del principio (p. 1) y de las dos excepciones que sufre (pp. 2 y 3).

Artículo 1175. Es nula toda obligación contratada con una condición cuya realización depende de la sola voluntad del deudor; pero esta nulidad no puede ser perseguida cuando la obligación ha sido ejecutada voluntariamente.

Nota: Contracción en un solo artículo de lo que se refiere a la condición más adelante denominada potestativa.

Artículo 1176. Las partes tienen un deber de lealtad en el cumplimiento de la condición.

Nota: En el artículo 1177.1 propuesto, el verbo cooperar se acomoda mal a la condición causal (que existe incluso si no es denominada). El deber de lealtad parece referirse tanto al incumplimiento como al cumplimiento de la condición: de aquí el término genérico «sucesos» que los reúne.

Artículo 1177. La condición se considera cumplida si aquel que tenía interés en su incumplimiento ha impedido el cumplimiento.

Se considera incumplida si el cumplimiento ha sido provocado por la parte que tenía interés en ello.

Nota: Fuente eventual de litigio, las palabras «en detrimento de la otra parte» no parecen útiles.

Artículo 1178. La parte en cuyo interés exclusivo la condición ha sido estipulada es libre de renunciar unilateralmente a ella, mientras que la condición no sea cumplida. Hasta este momento, las partes pueden igualmente, de común acuerdo, renunciar a la condición estipulada en interés de cada una.

Toda renuncia hace la obligación pura y simple.

Nota: Reunión en un solo artículo de todo lo que se refiere a la renuncia, lo que permite la puesta como denominador común de la propuesta final (último párrafo).

En este artículo, un giro parece más lógico. Lo que merece ser puesto de relieve es la renuncia unilateral particular a un caso. La renuncia convencional que es general constituye una evidencia.

No parece oportuno (ni incluso sano) contemplar las eventuales renunciaciones posteriores a la llegada de la condición. Se sale además del ámbito de la obligación condicional y la propuesta del artículo 1178.1 es extraña.

Artículo 1179. El acreedor puede, antes de que la condición sea cumplida, ejercer todos los actos conservativos de su derecho y actuar contra los actos del deudor cumplidos en fraude de sus derechos.

Nota: Esta disposición aparece mejor, parece, después del artículo 1178 y antes del que regula la transmisión y la cesión de la obligación.

Artículo 1180. Las obligaciones condicionales son transmisibles por causa de muerte salvo si la voluntad de las partes o la naturaleza de la obligación constituye un obstáculo para ello; con esta misma restricción, los créditos condicionales son cedibles entre vivos.

Nota: La fórmula del artículo 1179 propuesto no es afortunada y es incompleta. Condicionales, las obligaciones no son menos activamente y pasivamente elementos del patrimonio. Pero si la transmisibilidad se refiere a las deudas tanto como a los créditos, la cesibilidad es propia de los créditos. La excepción es común a los dos casos.

§ 2. De la condición suspensiva

Artículo 1181. La obligación contratada con una condición suspensiva es la que depende o de un suceso futuro e incierto o de un acontecimiento actualmente llegado, pero aún desconocido para las partes.

(Reproducción del artículo 1181, p. 1 Código civil).

La obligación no puede ser ejecutada antes del suceso o el conocimiento que de él han tenido las partes.

Nota: Es el segundo párrafo del artículo 1181.

Artículo 1182. En caso de incumplimiento de la condición la obligación caduca; se considera que no ha existido nunca.

En caso de cumplimiento de la condición la obligación se considera que existe desde el día en que el compromiso ha sido contratado.

Sin embargo, la retroactividad no pone en cuestión ni los actos de administración ni los actos de goce cumplidos en el período intermedio.

Nota: El paralelismo del incumplimiento y del cumplimiento en el mismo artículo parece bastante esclarecedor, y la atenuación de la retroactividad es un común denominador (esto no es tal vez muy útil, pero no es gravoso).

Artículo 1182.1. Cuando la obligación ha sido contratada con una condición suspensiva, la cosa que constituye la materia de la convención permanece a riesgo del deudor que sólo está obligado a entregarla en el caso de cumplimiento de la condición.

(Obs: Art. 1182, p. 1 no cambiado Código civil).

Si la cosa ha perecido enteramente, la obligación se extingue.

Si la cosa se deteriora, el acreedor puede elegir entre resolver el contrato o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, sin disminución del precio.

El todo con reserva de los daños y perjuicios que podrían ser debidos al acreedor según las normas de la responsabilidad civil cuando la pérdida o el deterioro de la cosa son imputables a la culpa del deudor.

§ 3. De la condición resolutoria

Artículo 1183. La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación mientras que el suceso previsto no llegue; opera la revocación cuando el suceso llega.

Nota: ¿No es mejor comenzar por lo que distingue la condición resolutoria de la condición suspensiva? El resto del § 3 es destinado así a la resolución.

Artículo 1184. En este último caso la resolución opera retroactivamente; pone las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiese existido y obliga al acreedor a restituir lo que ha recibido, según las normas establecidas por los artículos 1161 a 1164.7.

Nota: No es necesario, parece, reservar una estipulación contraria. Hay que tener en cuenta que la condición extintiva que sigue no es más que una condición resolutoria no retroactiva a disposición de las partes.

Sin embargo, el acreedor está dispensado de restituir los frutos que ha percibido antes del suceso y los actos de administración que ha cumplido durante el mismo período son mantenidos.

§ 4. De la condición extintiva

Nota: Hay paralelismo con el término extintivo.

Artículo 1184.1. La condición extintiva es la que hace depender la extinción de la obligación de un suceso futuro e incierto. La condición extintiva sólo opera para el futuro.

SECCIÓN 2. DE LAS OBLIGACIONES A TÉRMINO (ARTS. 1185 A 1188)

§ 1. Del término en general

Artículo 1185. El término es un suceso futuro e incierto que afecta a una obligación nacida sea retrasando su ejecución sea poniéndola fin.

Puede ser expreso o tácito, así cuando resulta implícitamente del tenor del compromiso.

El término puede ser una fecha determinada o su vencimiento ser desconocido aunque sea seguro que llegará.

Artículo 1186. Cuando las partes indican solamente un plazo constituido por un número de días, de meses o de años, el cálculo se opera a contar del día del contrato salvo disposiciones legales o convencionales diferentes. Sin embargo, el día a partir del cual se comienza a contar no entra en el plazo.

Artículo 1186.1. Si las partes han convenido diferir la determinación del término o dejar a una de ellas el cuidado de proceder a ello, y que el término no sea determinado a la expiración de un plazo razonable, el juez podrá fijarlo según las circunstancias.

§ 2. Del término suspensivo

Artículo 1187. Lo que sólo es debido a término no puede ser exigido antes del vencimiento del término; pero lo que ha sido pagado por adelantado puede ser repetido.

El acreedor a término puede ejercer todos los actos conservativos de su derecho y actuar contra los actos del deudor cumplidos en fraude de sus derechos.

(Cfr. art. 1180 Código civil y 1179 anteriores)

Artículo 1187.1. El término suspensivo se presume convenido en interés del deudor, a no ser que resulte de la convención o de las circunstancias que ha sido establecido a favor del acreedor o en interés común de las dos partes.

Aquel en cuyo interés exclusivo el término ha sido estipulado puede renunciar a él unilateralmente.

Artículo 1187.2. El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando no suministra las garantías prometidas al acreedor o que disminuya por su acción las que le ha dado.

Igualmente es privado del beneficio si deviene insolvente o si es declarado en liquidación judicial.

§ 3. Del término extintivo

Artículo 1188. El término extintivo pone fin al compromiso para el futuro. Hasta el vencimiento del término, la obligación produce el mismo efecto que si fuese pura y simple.

SECCIÓN 3. DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS (ARTS. 1189 A 1196)

§ 1. De las obligaciones alternativas

Artículo 1189. La obligación es alternativa cuando se refiere, a elección, a una de las dos prestaciones que comprende, de tal manera que el cumplimiento de una basta para liberar al deudor.

Si una de las prestaciones es imposible o ilícita desde el momento del compromiso, la obligación se concentra sobre la otra.

Artículo 1190. La elección corresponde al deudor si no se ha convenido de otra manera.

Cuando una parte no ejerce, en el plazo fijado o en un plazo razonable, la elección que le corresponde, ésta pasa, después de la mora, a la otra parte.

La elección es definitiva.

Artículo 1191. El deudor no puede ni elegir ni ser constreñido a ejecutar parte de una prestación y parte de otra.

(Obs: Extensión del artículo 1191 Código civil).

Artículo 1192. El deudor que tiene la elección debe, si una de las prestaciones es imposible, incluso por su culpa, ejecutar la otra.

Si, en el mismo caso, las dos prestaciones devienen imposibles de ejecutar y que lo sea, para una de ellas, por culpa del deudor, éste debe al acreedor el valor de la prestación que ha quedado la última.

(Obs: Versión nueva del artículo 1193 Código civil).

Artículo 1193. El acreedor que tiene la elección de la prestación debe, si una deviene imposible de ejecutar, aceptar la otra, a no ser que esta imposibilidad resulte de la culpa del deudor en cuyo caso el acreedor puede exigir a su elección la prestación que queda o el valor de la prestación devenida imposible.

Si en el mismo caso las dos prestaciones son imposibles de ejecutar y el deudor es culpable respecto de una de ellas, el acreedor puede exigir el valor de una u otra prestación.

(Obs: Versión nueva del artículo 1194 Código civil).

Artículo 1194. Cuando todas las prestaciones son imposibles de ejecutar sin culpa del deudor, la obligación se extingue.

(Obs: Extensión del artículo 1195 Código civil).

Artículo 1195. Los mismos principios se aplican cuando hay más de dos prestaciones comprendidas en la obligación alternativa.

(Obs: 1196 Código civil).

§ 2. De las obligaciones facultativas

Artículo 1196. La obligación es facultativa cuando teniendo por objeto una determinada prestación, el deudor tiene, sin embargo, la facultad, para liberarse, de aportar otra.

Variante: La obligación es facultativa cuando teniendo por objeto una determinada prestación, por ejemplo un bien en especie, el deudor puede, sin embargo, preferir, para liberarse, aportar otra, como una suma de dinero.

La obligación facultativa se extingue si la ejecución de la prestación principal es imposible sin culpa del deudor.

SECCIÓN 4. DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS (ARTS. 1197 A 1212)

§ 1. De la solidaridad de acreedores

Artículo 1197. La obligación es solidaria entre varios acreedores, cuando cada uno tiene derecho a solicitar el pago total del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor, aunque el beneficio de la obligación sea partible y divisible entre los diversos acreedores.

(Obs: Art. 1197 Código civil retocado).

Artículo 1197.1. La solidaridad no se presume; es preciso que sea expresamente establecida.

Artículo 1198. Es a elección del deudor pagar a uno u otro de los acreedores solidarios, en tanto que no haya sido demandado por uno de ellos.

Sin embargo, la condonación que se haga por uno de los acreedores solidarios sólo libera al deudor en la parte de este acreedor.

Parecidamente, la confusión o la compensación que se opera entre el deudor y uno de los acreedores sólo extingue la obligación en la parte de este acreedor.

(Obs: Art. 1198 Código civil retocado).

Artículo 1199. Todo acto que interrumpa o suspenda la prescripción respecto a uno de los acreedores solidarios beneficia a los otros acreedores.

§ 2. De la solidaridad de deudores

Artículo 1200. Existe solidaridad de deudores cuando están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser

compelido por la totalidad, y que el pago hecho por un solo libere a los otros frente al acreedor.

(Obs: Art. 1200 Código civil no cambiado).

Artículo 1201. La obligación puede ser solidaria aunque uno de los deudores esté obligado diferentemente del otro al pago de la misma cosa; por ejemplo, si uno sólo está obligado condicionalmente, mientras que el compromiso del otro es puro y simple, o si uno ha asumido un término que no se acordó con el otro.

(Obs: Art. 1201 Código civil).

Artículo 1202. La solidaridad no se presume; sólo puede resultar de la ley, de una convención o de los usos del comercio.

(Obs: El grupo Viney-Durry alinea la obligación in solidum sobre la solidaridad pasiva).

Artículo 1203. El acreedor de una obligación solidaria puede dirigirse contra el deudor que quiera escoger, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división.

(Obs: Es el artículo 1203 del Código civil ligeramente retocado).

Las demandas interpuestas contra uno de los deudores no impiden al acreedor ejercerlas parecidamente contra los otros.

(Obs: El nuevo artículo 1203 amalgamaría las disposiciones de los artículos 1203 y 1204 Código civil).

Artículo 1204. Si la cosa ha perecido por culpa de uno o de varios deudores, los otros permanecen obligados por el valor de la cosa; pero no están obligados por los daños y perjuicios, salvo si estaban en mora al tiempo de la pérdida

(Art. 1205 Código civil retocado).

Artículo 1205. Las demandas hechas contra uno de los deudores solidarios interrumpen o suspenden la prescripción frente a todos.

Los mismos efectos se vinculan a la puesta en mora.

(Art. 1206 Código civil retocado).

Artículo 1206. La demanda de intereses formada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto a todos.

(Art. 1207 Código civil no cambiado).

Artículo 1207. El codeudor solidario demandado por el acreedor puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le son personales, así como las que son comunes a todos los codeudores.

No puede oponer las excepciones que son puramente personales a los otros codeudores o a uno de ellos.

(Art. 1208 Código civil no cambiado).

Artículo 1208. Cuando uno de los deudores sucede al acreedor, o cuando el acreedor sucede a uno de los deudores, la confusión sólo extingue la obligación en la parte del deudor confundido.

(Art. 1209 Código civil retocado).

Artículo 1209. El acreedor que consiente la división de la deuda de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los otros, pero con la deducción de la parte del deudor que ha descargado de la solidaridad.

(Art. 1210 Código civil no cambiado).

Artículo 1210. La obligación solidaria se divide de pleno derecho entre los deudores, que sólo están obligados entre ellos cada uno en su parte.

El deudor que ha pagado la deuda común puede repetir contra cada uno de los otros en su parte.

(Arts. 1213 y 1214, p. 2 Código civil amalgamados y retocados).

Artículo 1211. Los codeudores son mutuamente garantes de su solvencia.

La parte del insolvente se reparte por contribución entre los otros, comprendido el que ha hecho el pago o que ha sido precedentemente descargado de la solidaridad por el acreedor.

(Arts. 1214 y 1215 Código civil retocados).

Artículo 1212. Si el negocio por el cual la deuda ha sido contraída solidariamente sólo concierne a uno de los codeudores, éste es el único obligado a la deuda frente a los otros, de tal manera que no hay ningún recurso contra ellos si la ha pagado y que estos, si la han pagado, pueden recuperarla contra él.

(Art. 1216 Código civil retocado).

SECCIÓN 5. DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES (ARTS. 1213 A 1217)

En un capítulo dedicado a las modalidades de la obligación, únicamente las obligaciones indivisibles y no las obligaciones divisibles son obligaciones modales, sea entre codeudores, sea sobre todo (es la prestación específica) respecto de los herederos (de aquí además la agrupación de los efectos en un artículo).

La divisibilidad de la obligación después del fallecimiento no es una modalidad de la obligación. El principio es la división de pleno derecho entre los herederos de las deudas y los créditos del difunto.

En cuanto a la norma enunciada (en forma además bastante sorprendente) en el párrafo 2 del artículo 1220 del Código civil, es a la vez el Derecho común y el sentido común. El deudor no puede compeler al acreedor a recibir un pago parcial. La norma se refiere al pago (cfr. infra art. 1224.1).

Artículo 1213. La obligación es indivisible cuando tiene por objeto una prestación cuya ejecución no es susceptible de división, sea material, sea intelectual.

(Art. 1217 Código civil no cambiado).

Artículo 1214. La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituye el objeto sea divisible por su naturaleza, si la relación en la que es considerada en la obligación no la hace susceptible de ejecución parcial.

(Art. 1218 Código civil no cambiado).

Artículo 1215. Cada uno de los deudores de una obligación indivisible está obligado por el todo.

Lo mismo sucede para cada uno de los herederos del que está obligado a una semejante obligación.

(Art. 1222 y 1223 Código civil retocados).

Artículo 1216. El heredero del deudor emplazado por la totalidad de la obligación, puede solicitar un plazo para dar traslado a sus coherederos, a no ser que la deuda sea de tal naturaleza de sólo pueda ser pagada por él, el cual puede entonces ser condenado solo, salvo su recurso de indemnización contra sus coherederos.

(Art. 1225 Código civil no cambiado).

Artículo 1217. Cada heredero del acreedor puede exigir la totalidad de la ejecución de la obligación indivisible.

No puede hacer sólo la condonación de la totalidad de la deuda; puede recibir solo el precio en lugar de la cosa. Si uno de los herederos ha condonado sólo la deuda o recibido el precio de la cosa, su coheredero sólo puede demandar la cosa indivisible teniendo en cuenta la porción del coheredero que ha hecho la condonación o que ha recibido el precio.

(Art. 1224 Código civil no cambiado).

CAPÍTULO V. DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1218. Las obligaciones se extinguen:

- por el pago,
- por la condonación,
- por la compensación,
- por la confusión,
- por la novación y la prescripción que son objeto de disposiciones particulares.

SECCIÓN 1. DEL PAGO (ARTS. 1219 A 1136)

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 1219. El pago es la ejecución de la prestación debida.

Artículo 1220. Todo pago supone una deuda: lo que ha sido pagado sin ser debido, está sujeto a repetición.

La repetición no es admitida respecto de las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas.

Artículo 1221. Una obligación puede ser satisfecha por cualquier persona que esté interesada en ella, tal como un coobligado o un fiador, y por los que actúan en nombre del deudor.

La obligación puede ser satisfecha incluso por un tercero que no tiene un interés personal (1), salvo el derecho del acreedor de rechazar el pago, si existe un interés legítimo (2). Fuera de este caso, el tercero puede solicitar su reembolso sobre el fundamento de la subrogación convencional o en virtud de un recurso personal.

Artículo 1221.1. Para pagar válidamente, es preciso ser capaz o estar regularmente representado.

Sin embargo, el pago de una suma de dinero no puede ser repetido contra el acreedor que la ha consumido de buena fe.

Artículo 1221.2. El pago debe ser hecho al acreedor o a su representante.

El pago no conforme a la obligación es, sin embargo, válido si el acreedor lo ratifica o si se beneficia de él.

Artículo 1122. El pago hecho de buena fe a un acreedor aparente es válido.

En caso de pago electrónico, el acreedor garantiza al deudor la seguridad del modo de pago propuesto.

Artículo 1123. El acreedor no puede ser constreñido a recibir otra cosa que la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o incluso más grande.

Sin embargo, las partes pueden acordar que el pago se haga por la dación de una prestación diferente.

Artículo 1124. El deudor no puede forzar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda.

Nota: Es el artículo 1244 actual Código civil.

Incluso si es susceptible de división, la deuda debe ser ejecutada siempre entre el acreedor y el deudor como si fuese indivisible.

Nota: Es el nuevo empleo del actual artículo 1220 Código civil (1.ª frase) que refuerza la idea.

Artículo 1124.1. Salvo si es indivisible, la deuda se divide de pleno derecho entre los herederos del acreedor y del deudor. Éstos sólo pueden demandar la deuda o están obligados a pagarla por las partes a que están comprometidos o a las que están obligados como representantes del acreedor o del deudor.

Nota: La primera frase es el enunciado del principio de divisibilidad. La segunda, obtenida del artículo 1220 Código civil actual, es el desarrollo del mismo.

Artículo 1225. El deudor de una obligación monetaria está obligado por la suma numérica enunciada en el contrato, a no ser que se trate de una deuda de valor.

Artículo 1125.1. El montante de la suma debida puede variar igualmente en virtud de una cláusula de actualización.

Ésta obedece a las disposiciones del código monetario y financiero.

Artículo 1125.2. El montante de la obligación de suma de dinero puede incluso ser fijado de manera diferente que en unidades monetarias de curso, desde el momento en que la liquidación se hace en el día del pago, todo conforme a las normas especialmente previstas por la ley.

Artículo 1125.3. Si la obligación es productora de intereses, legales o convencionales, éstos pueden por si mismos producir intereses, o por una demanda judicial, o por una convención espe-

cial, con tal que, sea en la demanda, sea en la convención, se trate de intereses debidos al menos para un año entero.

(Cfr. art. 1154 Código civil no cambiado).

Artículo 1125.4. Sin embargo, las rentas vencidas como arriendos, alquileres, atrasos de rentas perpetuas o vitalicias, producen intereses desde el día de la demanda o de la convención.

La misma norma se aplica a las restituciones de frutos y a los intereses pagados por un tercero al acreedor en descargo del deudor.

(Cfr. art. 1155 Código civil no cambiado).

Artículo 1126. El pago en Francia de una obligación de suma de dinero se hace en la moneda de curso. Sin embargo, si la obligación procede de un contrato internacional o de una sentencia, es posible prever que la ejecución se hará en Francia en unidades monetarias extranjeras.

Artículo 1126.1. El pago debe ser ejecutado en el lugar designado por la convención. Si el lugar no es designado en ella, el pago, cuando se trate de un cuerpo cierto y determinado, debe ser hecho en el lugar donde estaba, al tiempo de la obligación, la cosa que constituye el objeto.

Los alimentos establecidos judicialmente deben ser pagados, salvo decisión contraria del juez, en el domicilio o en la residencia del que debe recibirlos.

Fuera de estos casos, el pago debe ser hecho en el domicilio o en la residencia del deudor.

Artículo 1126.2. El pago debe ser hecho tan pronto como sea exigible.

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación del deudor y en consideración a las necesidades del acreedor, el juez puede, en el límite de dos años, prorrogar o escalonar el pago de las sumas debidas.

Por decisión especial y motivada, el juez puede prescribir que las sumas que correspondan a las cantidades vencidas produzcan interés al tipo reducido que no puede ser inferior al tipo legal o que los pagos se imputen en primer lugar al capital.

Además, puede subordinar estas medidas al cumplimiento, por el deudor, de actos propios para facilitar o garantizar el pago de la deuda.

Las disposiciones del presente artículo no se aplican a las deudas de alimentos.

Artículo 1126.3. La decisión del juez, tomada en aplicación del artículo 1226.1, suspende los procedimientos de ejecución que hayan sido interpuestos por el acreedor. Los aumentos de intereses

o las penalidades surgidos en virtud del retraso cesan de ser debidos durante el plazo fijado por el juez.

Artículo 1126.4. Toda estipulación contraria a las disposiciones de los artículos 1226.1 y 1226.2 es considerada no escrita.

Artículo 1127. El deudor de un cuerpo cierto y determinado se libera por la entrega de la cosa en el estado en que se encuentre en el momento de la entrega, con tal que los deterioros que han acaecido en ella no procedan de su acción o de su culpa, ni de la de las personas de las que es responsable, o que antes de estos deterioros no esté en mora.

(Art. 1245 Código civil no cambiado).

Artículo 1127.1. Si la deuda es una cosa que es determinada por su especie, el deudor no estará obligado, para ser liberado, a darla de la mejor especie; pero no podrá ofrecerla de la peor.

(Art. 1246 Código civil no cambiado).

Artículo 1127.2. Los gastos del pago son a cargo del deudor.

§ 2. De la imputación de pagos

Artículo 1228. El deudor de una deuda que genera interés o produce réditos, no puede, sin el consentimiento del acreedor, imputar el pago que hace sobre el capital con preferencia a los réditos o intereses: el pago hecho sobre el capital e intereses, pero que no es integral, se imputa en primer lugar sobre los intereses.

Artículo 1228.1. El deudor de varias deudas tiene derecho a declarar, cuando paga, qué deuda se entiende pagada.

Artículo 1228.2. A falta de imputación por el deudor, las partes pueden imputar convencionalmente el pago sobre una deuda. Si la imputación se refiere a un recibo entregado por el acreedor, su recepción por el deudor puede hacer presumir su aceptación.

Artículo 1229. Si falta la imputación en las condiciones precedentes, el pago debe ser imputado según las disposiciones siguientes:

1.º en el caso en que el deudor está obligado por deudas vencidas y no vencidas, la imputación se hace prioritariamente sobre las primeras;

2.º si varias deudas han vencido, la imputación se hace prioritariamente sobre la deuda que el deudor tenía más interés en pagar;

3.º si estas deudas vencidas son de la misma naturaleza, la imputación se hace sobre la más antigua; si son contemporáneas, se hace proporcionalmente;

4.º si la imputación se hace solamente sobre las deudas no vencidas, las normas 2.ª y 3.ª deben ser seguidas.

Artículo 1230. En caso de pluralidad de deudas, la imputación sobre una cualquiera de ella sigue la norma del artículo 1228, si es necesaria.

§ 3. De la prueba del pago

Artículo 1231. El pago se prueba por todos los medios.

Artículo 1232. La entrega voluntaria por el acreedor al deudor del título original en documento privado o de la copia ejecutoria, hace presumir la condonación o el pago, salvo prueba en contrario.

La entrega a uno de los deudores solidarios del título original en documento privado o de la copia ejecutoria produce el mismo efecto en beneficio de los codeudores.

Artículo 1232.1. La entrega de la cosa dada en prenda no basta para hacer presumir la condonación.

Nota: Estas disposiciones corresponden a los actuales artículos 1282, 1283, 1284 y 1286, figurando en la sección destinada a la condonación. Así pues, estas disposiciones parecen recalcar la liberación del deudor; que hacen presumir. De aquí la vinculación al pago y a su prueba.

§ 4. De la consignación con ofrecimiento de pago y mora

Nota: El título (largo) marca el enlace de la consignación, del ofrecimiento de pago y de la mora.

Artículo 1233. Cuando en el vencimiento el acreedor rehúsa recibir su pago, el deudor puede consignar la cosa debida en poder de una persona habilitada para recibirla.

La consignación equivale al pago (1), si las condiciones de éste son reunidas (2). La liberación se opera como se indica a continuación.

Notas:

(1) *La norma de Derecho civil que gobierna el conjunto aparece en la cabecera.*

(2) *Este reenvío global evita recoger las condiciones 1.º a 5.º del artículo 1258 del Código civil actual.*

Artículo 1234. El deudor debe notificar la consignación al acreedor haciéndole un ofrecimiento de pago conforme a las modalidades convenidas.

Artículo 1234.1. Cuando la cosa consignada es una suma de dinero el deudor se libera, capital e intereses, si, a la expiración de un plazo de dos meses a contar de la notificación a la persona del acreedor, éste no ha contestado al ofrecimiento de pago.

Artículo 1234.2. Si la notificación no ha sido hecha a la persona del acreedor, el deudor puede, en virtud de apelación, demandar al juez de la ejecución que declare liberatorio su ofrecimiento de pago, con reserva del derecho, para el acreedor, de demandar la retractación.

Artículo 1235. Cuando la cosa consignada es un bien diverso de una suma de dinero, el ofrecimiento de pago pone en mora al acreedor de tener, en el plazo de dos meses a contar de la notificación, sea retirar la cosa consignada, sea contestar al ofrecimiento.

Nota: *La distinción de las modalidades de la notificación no es recogida, pero la consecuencia es menos grave (existe una consecuencia).*

Artículo 1235.1. Si el acreedor no ha adoptado en el plazo una u otra iniciativa, el deudor puede, en virtud de autorización del juez de la ejecución, apercibido o llamado el acreedor, hacer vender en subastas públicas la cosa consignada, siendo depositado el precio de ésta en la cuenta del acreedor, con deducción de los gastos de la venta.

Hasta este momento, el acreedor soporta los riesgos de la cosa consignada.

Artículo 1236. La notificación del ofrecimiento no interrumpe la prescripción.

Después de la expiración del plazo de prescripción, el deudor puede demandar la restitución de la cosa depositada.

Después de esta fecha, la demanda de retractación de la decisión que declara al deudor liberado cesa de ser admisible.

Nota: *El ofrecimiento de pago constituye formalmente un reconocimiento de la deuda. Sin embargo, el deudor es constreñido a recurrir al procedimiento de pago forzoso porque el acreedor no ha querido recibir el pago. En estas condiciones, no me parece chocante decir que la prescripción en curso no se interrumpe.*

SECCIÓN 2. LA CONDONACIÓN (ARTS. 1237 A 1239.1)

Artículo 1237. La condonación es la convención por la que el acreedor libera al deudor de su obligación con el acuerdo, expreso o tácito, de éste.

Artículo 1238. La condonación convenida con uno de los codeudores solidarios libera a los otros, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra estos últimos.

En este último caso, sólo puede actuar ya en pago de la deuda haciendo deducción de la parte del que ha hecho la condonación.

Artículo 1239. La condonación acordada al deudor principal libera a los fiadores; la acordada al fiador no libera al deudor principal.

Artículo 1239.1. La exoneración acordada de uno de los fiadores no libera a los otros.

Si los fiadores son solidarios, los otros sólo quedan obligados haciendo deducción de la parte del cofiador liberado.

Lo que el acreedor ha recibido de un fiador por exonerarle de su fianza debe ser imputado sobre la deuda y aplicarse a la exoneración del deudor principal y de los otros fiadores.

SECCIÓN 3. DE LA COMPENSACIÓN (ARTS. 1240 A 1247)

Artículo 1240. Cuando dos personas son deudoras la una frente a la otra, las dos deudas se extinguen por compensación hasta la concurrencia de la más débil, según las normas que aparecen a continuación.

§ 1. De la compensación en general

Artículo 1241. La compensación puede ser legal, judicial o convencional.

Artículo 1241.1. La compensación legal tiene lugar entre dos deudas recíprocas y fungibles, igualmente líquidas y exigibles.

Nota: Las cuatro condiciones de base son agrupadas. El término fungible es aquí apropiado; «fungibles o del mismo género», la precisión de paso tiene interés y «género» es mejor «que especie».

Son fungibles las deudas que tienen por objeto una suma de dinero o una cierta cantidad de cosas del mismo género.

Las deudas que tienen por objeto cosas genéricas y cuyo precio es regulado por un mercado organizado pueden compensarse con sumas líquidas y exigibles.

Artículo 1241.2. El término de gracia no constituye obstáculo para la compensación.

Artículo 1242. Todas las deudas son compensables cualquiera que sean las causas de una y otra con excepción de las que tienen por causa alimentos u otro crédito inembargable.

Nota: «*Compensable*» marca mejor que se trata aquí de la naturaleza de la deuda.

Artículo 1243. El medio de la compensación legal debe ser invocado por el deudor requerido.

En este caso, las deudas se encuentran extinguidas en la concurrencia de sus cuotas respectivas en el instante en que han coexistido con las calidades requeridas.

Artículo 1243.1. El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador.

El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor.

Artículo 1244. En el momento de la cesión de uno de los créditos compensables a un tercero, el deudor cedido puede oponer la compensación al cesionario a menos que no haya renunciado expresamente por un acto escrito.

(Obs: Concordancia con el artículo 1257).

Artículo 1244.1. La compensación no puede operar entre dos créditos si uno es indisponible por el hecho de que es embargado antes de que el crédito recíproco sea líquido y exigible.

Artículo 1245. Cuando existen varias deudas compensables debidas por la misma persona, se siguen, para la compensación, las normas establecidas para la imputación por el artículo 1228.1.

Artículo 1245.1. El que ha pagado una deuda compensable, no puede ya, ejerciendo el crédito del cual no ha opuesto la compensación, valerse, en perjuicio de terceros, de los privilegios o hipotecas que estaban unidos a él, a no ser que haya existido una justa causa para ignorar el crédito que debía compensar su deuda.

Artículo 1246. La compensación puede ser opuesta judicialmente por la parte cuyo crédito no es todavía líquido y exigible, a condición, en este último caso, de que el juez pueda pronunciar la pérdida del término. La compensación produce sus efectos en la fecha de la introducción de la demanda reconvenicional.

Artículo 1246.1. La compensación judicial sigue además las normas de la compensación legal.

Artículo 1247. Las partes pueden convenir la extinción de sus deudas recíprocas. Esta compensación sólo opera en la fecha de su acuerdo.

§ 2. De la compensación de las deudas conexas

Artículo 1248. Cuando dos deudas son conexas, el juez puede rechazar la demanda de compensación por el motivo de que una de ellas no reúna las condiciones de liquidez y exigibilidad.

Artículo 1248.1. La transmisión o el embargo de uno de los créditos conexos no constituye tampoco obstáculo para la compensación.

SECCIÓN 4. DE LA CONFUSIÓN (ARTS. 1249 Y 1250)

Artículo 1249. Cuando las cualidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, se produce una confusión automática que extingue definitivamente la obligación.

Artículo 1250. La confusión que se opera en la persona del deudor principal beneficia a sus fiadores.

La que se opera en la persona del fiador no determina la extinción de la obligación principal.

La que se opera en la persona de un codeudor solidario sólo beneficia a los otros en la parte de la que era deudor.

CAPÍTULO VI. DE LAS OPERACIONES SOBRE CRÉDITOS

SECCIÓN 1. DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS (ARTS. 1251 A 1257.1)

Artículo 1251. La cesión de créditos es una convención por la que el acreedor cedente transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario por venta, donación u otro título particular.

Artículo 1252. Pueden ser cedidos los créditos nacidos o por nacer. En caso de cesión de un crédito futuro, el acto debe comportar los elementos que permitan, llegado el momento, la identificación del crédito cedido.

Artículo 1253. Con sanción de nulidad, la cesión de créditos debe ser constatada por escrito, sin perjuicio de los casos en que la forma auténtica es exigida.

Artículo 1254. Entre las partes, salvo convención en contrario, el establecimiento del acto basta, por si mismo, para operar la transmisión del crédito.

Desde este momento, la transferencia del crédito es considerada cumplida respecto de los terceros y les es oponible sin formalidad. En caso de contestación, de parte de éstos, sobre la fecha de la cesión, la prueba de su exactitud incumbe al cesionario que puede llevarla a cabo por todos los medios.

(Cfr. art. 1689 Código civil).

Nota G. C: *La norma es la misma «inter partes y erga omnes»: la puesta como denominador común subraya el alineamiento, innovación notable del texto.*

Artículo 1254.1. Sin embargo, la transferencia de un crédito futuro tiene lugar en el día de su nacimiento, tanto entre las partes como frente a terceros.

Artículo 1254.2. La cesión de créditos sólo es oponible al deudor por la notificación que le es hecha, en papel o en forma electrónica, por el cedente o por el cesionario.

Artículo 1254.3. El conflicto entre cesionarios sucesivos de un mismo crédito se resuelve a favor del primero en la fecha. La prueba de la fecha se lleva a cabo por todos los medios.

Artículo 1255. Salvo cláusula contraria, la cesión de un crédito comprende los accesorios de éste, tales como la fianza, el privilegio y la hipoteca, de los cuales el cesionario puede valerse sin otra formalidad.

(Obs: El artículo 1692 del Código civil parece suficiente).

Artículo 1256. El que cede un crédito debe garantizar su existencia al tiempo de la transferencia, aunque sea hecha sin garantía.

Responde de la solvencia del deudor cuando se obliga a ello, y hasta la concurrencia solamente del precio que ha podido obtener de la cesión de su crédito.

Cuando ha prometido la garantía de la solvencia del deudor, esta promesa sólo se entiende de la solvencia actual; sin embargo, puede extenderse al tiempo futuro, pero con la condición de que el cedente lo haya especificado expresamente.

(Obs: Cfr. arts. 1693, 1694 y 1695 Código civil).

Artículo 1257. Cuando acepta la cesión por un acto escrito, el deudor cedido puede renunciar expresamente a oponer al cesionario todas o parte de las excepciones que habría podido oponer al cedente.

A falta de una semejante aceptación, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones inherentes a la deuda, comprendida la intransmisibilidad de la obligación, así como las cláusulas sobre solución de las controversias.

Puede valerse frente al cesionario de la compensación de las deudas conexas en sus relaciones con el cedente.

Puede igualmente oponer al cesionario la extinción del crédito por cualquier causa anterior a la fecha en la cual la cesión de éste le ha sido hecha oponible.

Artículo 1257.1. Un crédito puede ser cedido en propiedad sin estipulación de precio a título de garantía. Vuelve al cedente cuando han sido satisfechos los derechos del cesionario o cuando la obligación garantizada se extingue por otra causa.

SECCIÓN 2. DE LA SUBROGACIÓN PERSONAL (ARTS. 1258 A 1264.2)

Artículo 1258. La subrogación en los derechos del acreedor en beneficio de la tercera persona que paga se opera, en virtud de la ley o de la convención, por sustitución del acreedor subrogado en el crédito primitivo.

Nota G. C: La definición propuesta por el artículo 1258 del proyecto parece demasiado doctrinal y demasiado abstracta. Se concibe que quiera mostrar, como se admite hoy en día, que la subrogación oculta una cesión de créditos. Pero no pone suficientemente de relieve que la subrogación permanece, en la base, como una modalidad del pago (faceta tradicional ya eclipsada por el desplazamiento del texto que ha sido alejado del pago). Sobre todo, no aparece de inmediato, concretamente, que, legal o convencionalmente, la subrogación es siempre un mecanismo que se produce en beneficio del que paga. Este pago inicial desencadenante de una ventaja a favor del solvens que hace el anticipo de los fondos es un punto común central. Es la llave del mecanismo subrogatorio. Es bueno que aparezca desde el principio en la definición inicial. Ella está en buen lugar en el actual artículo 1243 del Código civil. Constituye todo el clima de la subrogación. Este cañamazo corre en todas las aplicaciones: el «beneficio» a quien suministra los fondos. Por lo demás, la transmisión del crédito (que es un efecto común) es adecuadamente destacada en el artículo 1262 del proyecto (habría pues una repetición al mantener el artículo 1258 del proyecto). En cambio, no es sin duda inútil, en el artículo de cabecera, mostrar que la subrogación personal, término de alta densidad jurídica, consume la sustitución de un acreedor por otro en la relación contractual (término corriente inmediatamente inteligible).

N:B: Una preferencia para hablar del «acreedor subrogado», antes que del «subrogado» por oposición al «acreedor primitivo».

Artículo 1259. La subrogación tiene lugar de pleno derecho:

- 1) en beneficio del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla;
- 2) en beneficio del heredero beneficiario que ha pagado con sus fondos las deudas de la sucesión;
- 3) en beneficio del que, siendo el mismo acreedor, paga a otro acreedor que es preferente;
- 4) en beneficio del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición para el pago de los acreedores, para los que este inmueble estaba hipotecado.

La subrogación tiene lugar igualmente en los casos previstos por las leyes especiales.

Nota: Propuestas para una presentación más lógica:

- a) la subrogación legal antes que la subrogación convencional;*
- b) el derecho común (art. 1259 Código civil) antes que las leyes especiales;*
- c) en la enumeración del artículo 1259, el 3.º actual es promovido al primer rango; es el caso ordinario más puro y, en la práctica, más importante.*

Artículo 1260. La subrogación convencional se opera a iniciativa del acreedor cuando éste, recibiendo su pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos contra el deudor.

Esta subrogación debe ser expresa.

Debe ser consentida al mismo tiempo que el pago, a no ser que, en un acto anterior, el subrogante haya manifestado la voluntad de que su cocontratante sea subrogado en el momento del pago. La concomitancia de la subrogación y del pago puede ser probada por todos los medios.

Nota: La redacción aquí propuesta sigue muy próxima al artículo 1250 1.º Código civil actual. Marca la iniciativa del acreedor desinteresado por el tercero solvens.

Artículo 1261. En las mismas condiciones, la subrogación convencional tiene lugar a iniciativa del deudor cuando éste, presentando una suma a efectos de pagar su deuda, subroga al prestamista en los derechos del acreedor con el concurso de éste. En este caso, el recibo dado por el acreedor debe indicar el origen de los fondos.

La subrogación puede ser incluso consentida por el deudor sin el concurso del acreedor, pero a condición de que la deuda esté vencida o que el término sea a favor del deudor. Con la sanción de nulidad de la subrogación, el préstamo y el recibo son constatados por un acto que tenga fecha cierta; debe ser declarado en el acto del préstamo que la suma ha sido prestada para hacer el pago, y en el recibo que el pago ha sido hecho con dineros suministrados a este efecto por el nuevo acreedor.

Nota: «Incluso» tiene su valor, desde el momento en que el párrafo que precede se relaciona bien con la subrogación a iniciativa del deudor.

Artículo 1262. La subrogación transmite a su beneficiario, en el límite de lo que ha pagado, el crédito y sus accesorios, comprendiendo las seguridades que la garantizan. El acreedor subrogado dispone de todos los derechos y acciones vinculados al crédito que pertenece al acreedor primitivo, con excepción de los derechos exclusivamente unidos a la persona de éste.

Artículo 1263. Sin embargo, la subrogación no puede perjudicar al acreedor cuando sólo ha sido pagado en parte: en este caso, puede ejercer sus derechos, por lo que le resta debido, con preferencia al que ha recibido un pago parcial, salvo convención en contrario.

Artículo 1264. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, la transmisión del crédito es oponible al deudor en el momento en que éste es informado.

Artículo 1264.1. El deudor puede oponer al acreedor subrogado todas las excepciones inherentes a la deuda, comprendiendo la intransmisibilidad de la obligación, así como las cláusulas de solución de las diferencias, y valiéndose frente a él de la compensación de las deudas conexas en sus relaciones con el acreedor primitivo.

Igualmente puede oponerle la extinción de la deuda por toda causa anterior a la subrogación o, en caso de subrogación consentida por el acreedor, en la fecha en la cual ha sido informado por éste.

Artículo 1264.2. La subrogación es oponible a los terceros desde el pago que la produce. Esta oponibilidad se extiende, sin otra formalidad, a la transferencia de seguridades que garanticen el crédito.

Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, o por el deudor con el concurso del acreedor, se requiere que el acto tenga fecha cierta. En caso de contestación, la prueba de la fecha incum-

be al acreedor subrogado, que puede llevarla a cabo por todos los medios.

SECCIÓN 3. DE LA NOVACIÓN (ARTS. 1265 A 1274)

Artículo 1265. La novación es una convención que tiene por objeto sustituir a una obligación que extingue por una obligación diferente que crea.

Nota: La novación es siempre una convención, incluso si no tiene lugar siempre entre el acreedor y el deudor de la obligación primitiva. Entre ésta y la obligación nueva, hay siempre una diferencia. Parece preferible que estos dos términos estén presentes en la definición inaugural, de la misma manera que los verbos «extinguir» y «crear».

Artículo 1266. La novación opera de tres maneras:

- 1) cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que es descargado por el acreedor;
- 2) cuando, por efecto de un nuevo compromiso, un nuevo acreedor sustituye al antiguo, frente al cual el deudor se encuentra descargado;
- 3) cuando el deudor contrae frente a su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua, la cual se extingue; en este caso, existe novación cualquiera que sea la diferencia establecida entre la antigua y la nueva obligación.

Nota: Tiene el mismo tenor que el actual artículo 1271 del Código civil, «la roca».

Artículo 1267. La novación sólo tiene lugar si la obligación antigua y la obligación nueva son una y otra válidas.

Nota: Esta disposición es una simple ampliación de la exigencia establecida por el actual artículo 1272 Código civil en cuanto a la capacidad para contratar. Hace inútil la aproximación indirecta del artículo 1275 (del proyecto). La novación no es asimilada a una convención; es ella misma una convención.

Artículo 1268. La novación no se presume; es preciso que la voluntad de operarla resulte claramente del acto.

Nota: Es el mismo texto del actual artículo 1273 Código civil, ¿hace falta entorpecerla insistiendo («sea ciertas y...»)? Después de esta norma probatoria, el enunciado del segundo párrafo, cues-

tión de fondo, no está en su lugar. ¿Es además necesaria, es oportuno aportar esta precisión? Se podría dudar de ello.

Artículo 1269. La novación por la sustitución de un nuevo deudor puede operarse sin el concurso del primer deudor.

Nota: El artículo 1277 reproduce la disposición del actual artículo 1274. Se remarca, haciendo camino, que el primer deudor no es parte en la novación, pero que ésta es siempre una convención.

Artículo 1270. La novación por la sustitución de un nuevo acreedor puede tener lugar si el deudor ha aceptado, por adelantado, que el nuevo acreedor sea designado por el primero.

En caso de contestación sobre la fecha de la novación, la prueba incumbe al nuevo acreedor, que puede suministrarla por todos los medios.

Artículo 1271. La extinción de la antigua obligación se extiende a todos sus accesorios, comprendiendo las seguridades que la garantizan, a no ser que estas últimas no hayan sido o no sean expresamente reservadas por el consentimiento de todos los interesados.

Nota: Nueva, esta disposición general es bienvenida. El principio que enuncia justifica que las disposiciones que siguen aparezcan como aplicaciones.

Artículo 1272. La novación hecha entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios libera a los otros.

Nota: Tiene dos matices, es el texto del actual artículo 1281, p. 1.

Artículo 1273. En este caso, las seguridades reales que garantizan al antiguo crédito sólo pueden ser reservadas sobre los bienes del que contrae la nueva deuda, salvo convención en contrario con tal codeudor.

Nota: El párrafo segundo reproduce casi exactamente al artículo 1280 Código civil actual.

Artículo 1274. La novación hecha entre el acreedor y el fiador no libera al deudor principal. No libera tampoco a los otros fiadores, salvo convención en contrario.

Nota: Esta disposición reproduce exactamente la «última jurisprudencia».

SECCIÓN 4. DE LA DELEGACIÓN (ARTS. 1275 A 1282)

Artículo 1275. Existe delegación cuando, por orden de una persona, el delegante, otra persona, el delegado, se obliga frente a una tercera persona, el delegatario, que la acepta como deudor.

Nota: El fin esencial de la delegación, el compromiso del delegado frente al delegatario y la aceptación, por este último, de la delegación, deben figurar en la definición de cabecera.

Artículo 1276. La delegación es válida incluso cuando el delegante no es deudor del delegatario o el delegado no es deudor del delegante.

Artículo 1277. La delegación tiene por objeto, según lo que las partes determinan, alguna de las operaciones siguientes.

Artículo 1278. Cuando el delegante es deudor del delegatario y éste le libera expresamente, la delegación produce un cambio de deudor.

Esta delegación confiere al delegatario un derecho directo e independiente contra el delegado, que no puede oponerle las excepciones de las que el delegante habría podido servirse.

Artículo 1279. Cuando el delegante es deudor del delegatario y éste no le libera expresamente, esta delegación simple da al delegatario un segundo deudor en calidad de deudor principal.

Cuando la delegación es realizada para dar al delegatario un segundo deudor, el pago por el delegado libera al delegante.

Artículo 1279.1. Si la obligación del delegado resulta de un compromiso expresamente estipulado independiente, éste no podrá oponer al delegatario las excepciones de las que habría podido servirse el delegante o que habría podido el mismo oponer al delegante, a no ser que se haya convenido de otra manera.

Artículo 1280. Cuando el delegado es deudor del delegante, corresponde a las partes decidir si se obliga a pagar al delegatario lo que debe al delegante o si suscribe con él un compromiso expresamente estipulado independiente.

La oponibilidad de excepciones se regula entonces como se ha dicho en el artículo precedente.

Artículo 1281. El compromiso del delegado frente al delegatario hace indisponible el crédito del delegante frente al delegado que no puede ser ni cedido ni embargado.

Si una contestación se pone sobre la fecha de la delegación, la prueba incumbe al delegado que la puede aportar por todos los medios.

El pago hecho por el delegado al delegatario le libera frente al delegante.

El todo salvo convención diferente de las partes.

Artículo 1282. La simple indicación hecha, por el deudor, de una persona que debe pagar en su lugar no determina novación ni delegación.

Lo mismo acontece por la simple indicación hecha, por el acreedor, de una persona que debe recibir por él.

CAPÍTULO VII. DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

Nota G. C: La teoría general de las pruebas gobierna el conjunto del Derecho privado. Tendría su lugar natural en el Título preliminar del Código civil, solución actualmente fuera de alcance. El Título de las obligaciones merece acoger una buena parte de ella, en primer lugar en virtud de la generalidad inherente a la materia (en la cual se perfila el Derecho común del acto jurídico y del hecho jurídico) y también para no trastocar el trabajo de los prácticos, preocupación esencial. Además, muchas normas particulares de prueba son enunciadas en el Código con la materia concerniente (filiación, regímenes matrimoniales, posesión, etc.). Lo mejor, en esta situación, sería lo enemigo de lo bueno. Un espíritu pragmático domina toda la materia.

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 1283 A 1290)

Artículo 1283. El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla.

Recíprocamente, el que pretende liberarse debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Nota G. C: Es prudente no tocar este texto. La armonía entre el Código civil y el Código de procedimiento civil (art. 9) no daña.

Artículo 1284. La prueba de los actos y de los hechos de donde nacen las obligaciones puede ser hecha, según las distinciones que siguen, por escrito, por testigos, por presunciones, por confesión y por juramento.

Nota G. C: El texto anunciado abre el abanico de los modos de prueba e introduce la idea de que las normas probatorias no son las mismas para los actos y los hechos jurídicos, y que pueden además diferir de un modo a otro.

La referencia a los actos y hechos de donde nacen las obligaciones es un eco del artículo de cabecera del Título de las obligaciones (art. 1101).

La referencia a la prueba por escrito introduce al artículo que sigue, en el cual, mediando una simple inversión, puede aparecer la fórmula equivalente «prueba literal» (ocasión para conservar asentada la sinonimia).

Artículo 1285. La prueba por escrito o prueba literal resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras o de otros signos o símbolos dotados de una significación inteligible, cualquiera que sean su soporte y sus modalidades de transmisión.

Nota G. C: La definición de la prueba por escrito viene inmediatamente después de la enumeración de los modos de prueba. Esta definición es necesaria a causa del establecimiento del escrito en forma electrónica, el cual exige precisiones. La definición de los otros modos aparece en las disposiciones que les conciernen y son inseparables de ellas.

El desdoblamiento propuesto por los autores del proyecto es interesante, pero la ventaja de recoger con un matiz próximo (la inversión) el tenor del actual artículo 1316 es, de una parte, como se ha visto, afirmar la sinonimia entre prueba por escrito y prueba literal, de otra parte, establecer el vínculo con el artículo que precede.

Artículo 1285.1. El escrito en forma electrónica es admitido como prueba en el mismo título (y posee la misma fuerza probatoria) que el escrito en soporte de papel, con la reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de la que emana y que sea establecido y conservado en condiciones naturales para garantizar la integridad.

(Art. 1316.1 actual).

Artículo 1286. La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica al que la pone. Manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que emanan de este acto. Cuando es puesta por un oficial público, confiere autenticidad a este acto.

Cuando es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantiza su vínculo con el acto al que se vincula. La fiabilidad de este procedimiento se presume, hasta la prueba en contrario, cuando la firma electrónica es creada, la identidad del signatario asegurada y la integridad del acto garantizada, en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1316.4 actual).

Nota G. C: *El bloque de estos cuatro artículos tiene aquí su lugar: 1) para no separarlo de la definición básica que completa además; 2) si se admite que las normas que se refieren al escrito en forma electrónica no conciernen exclusivamente a la prueba de los actos jurídicos, sino que tienen un alcance general y así, si llega el caso, para la prueba de los hechos jurídicos.*

Artículo 1287. La prueba de los hechos es libre; puede ser aportada por todos los medios.

Fuera de los casos en que la ley lo determina, el valor de las pruebas es apreciado en conciencia por el juez.

En la duda, el juez se atenderá a la máxima verosimilitud.

Nota G. C: *El principio de la libertad de la prueba concierne tradicionalmente a los gastos jurídicos. Erigirlo en principio común a los actos y los hechos jurídicos no es compatible con la existencia (y el mantenimiento necesario) de las restricciones particulares a la prueba de los actos jurídicos.*

No parece necesario definir la prueba, noción elemental que cae por el sentido (común), cuando por el contrario todo enunciado teórico cae en la controversia (¿verdad del hecho o de la alegación?, uno de tantos debates posibles).

Una propuesta relativa a la lealtad de la prueba plantea también muchos problemas (reflexión para profundizar).

En cambio, la referencia a la íntima convicción (aquí denominada «conciencia» con llamada a la discusión), reservando las excepciones legales, podría ser oportuna, de igual manera que una disposición sobre la duda y la más fuerte verosimilitud (la norma del melius jus) vuela sobre la prueba en todos sus ámbitos (comp. la prueba de la propiedad).

Artículo 1288. La prueba de los actos jurídicos está sujeta a las normas particulares que se refieren a la forma de la prueba por escrito, a la exigencia de una prueba literal y a la admisibilidad de la prueba testimonial.

Nota G. C: *Estableciendo, en su principio, las restricciones que afectan a la prueba de los actos jurídicos (por oposición a la de los hechos jurídicos), esta disposición precisa los objetos y, por eso, anuncia los títulos de las secciones 1 y 2.*

Artículo 1288.1. Las presunciones, la confesión y el juramento obedecen a las normas generales.

Nota G. C: *Se trata de las normas de prueba comunes a los actos y los hechos jurídicos. Se podría buscar decirlo de otra*

manera. El interés es anunciar la sección 3 (o las tres últimas secciones) si se abre la sección.

Artículo 1289. Las convenciones relativas a la prueba son lícitas.

Sin embargo, no pueden ni descartar ni debilitar las presunciones establecidas por la ley y no pueden además modificar la fe que la ley vincula a la confesión o al juramento.

No pueden tampoco establecer en beneficio de una de las partes una presunción irrefutable vinculada a sus propias escrituras.

Nota G. C: Abriendo el campo a las convenciones relativas a la prueba, parece necesario marcar los límites. Es lo que propone el nuevo artículo 1316.3.

NB 1. Se habrá constatado que la disposición relativa a las tallas (art. 1333) no figura en esta versión del proyecto. No es ya usual.

Como sugieren los autores del proyecto, las disposiciones relativas a la confirmación merecen sin duda ser desplazadas (arts. 1338, 1339, 1340 actuales). De aquí, en conjunto, una ganancia de tres casillas de artículos.

Artículo 1290. La administración judicial de la prueba y las impugnaciones que se relacionen con ella son regidas por el Código de procedimiento civil.

SECCIÓN 2. DE LAS FORMAS DE LA PRUEBA POR ESCRITO DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ARTS. 1291 A 1305)

Nota G. C: El título actual «De la prueba literal» es demasiado general: algunas disposiciones relativas a la prueba literal figuran en la sección 2. Es demasiado vago: las exigencias de la ley aquí enunciadas se refieren precisamente y exclusivamente a la formas de la prueba por escrito (y no a la exigencia de una prueba literal. V. la sección 2.

La sección podría igualmente tener por título: «De las formas de la prueba literal de los actos jurídicos» (ver).

Artículo 1291. La prueba por escrito de un acto jurídico puede ser preconstituida en forma auténtica o en documento privado.

Artículo 1291.1. El acto sea auténtico, sea en documento privado, da fe entre las partes, incluso de lo que sólo es expresado en él en términos enunciativos, con tal que la enunciación tenga una relación directa con la disposición. Las enunciaciones extrañas a la disposición sólo pueden servir como un principio de prueba.

(Art. 1316.2 actual).

Nota del traductor: no aparece en el texto del Anteproyecto el artículo 1292, sin que se de razón alguna.

Artículo 1293. Cuando la ley no ha fijado otros principios, y a falta de convención válida entre las partes, el juez soluciona los conflictos de prueba literal determinando por todos los medios el título más verosímil, cualquiera que sea el soporte.

(Art. 1316.2 actual).

§ 1. Del título auténtico

Nota G. C: *Cuestión de terminología. Se puede decir indiferentemente «título» o «acto» auténtico. Pero «título» es un término con prestigio que es más conveniente que autenticidad. El uso tradicional no se equivoca. Se puede, pues, conservarlo. La pena es que el «título original» sobre el cual radica la cuestión a propósito de las copias puede ser un acto en documento privado (nada es perfecto). La práctica no está desorientada por estas equivalencias que le son familiares.*

Artículo 1294. El acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos que tienen el derecho a instrumentar en el lugar donde el acto ha sido redactado y con las solemnidades requeridas.

Puede ser redactado en soporte electrónico si se ha establecido y conservado en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1317 actual).

Artículo 1294.1. El acto que no es auténtico por la incompetencia o la incapacidad del oficial, o por un defecto de forma, vale como escritura privada, si ha sido firmado por las partes.

(Art. 1318 actual).

Artículo 1294.2. El acto auténtico da fe plena de la convención que existe entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes.

Sin embargo, en caso de querellas por falsedad principal, la ejecución del acto calificado falso será suspendida por la acusación; y, en caso de inscripción de la falsedad hecha incidentalmente, los tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acto.

(Art. 1319 actual).

§ 2. Del acto en documento privado

Artículo 1295. El acto en documento privado, reconocido por aquel al que se le opone, o legalmente considerado como reconocido, produce, entre los que lo han suscrito y sus herederos y causahabientes, la misma fe que el acto auténtico.

(Art. 1322 actual).

Artículo 1295.1. Al que se opone un acto en documento privado está obligado a reconocer o desconocer formalmente su escritura o su firma.

Sus herederos o causahabientes pueden contentarse con declarar que no conocen la escritura o la firma de su autor.

(Art. 1323 actual).

Artículo 1295.2. En el caso en que la parte desconoce su escritura o su firma, y en el caso en que sus herederos o causahabientes declaran no conocerlos, la verificación es ordenada judicialmente.

(Art. 1324 actual).

Artículo 1296. Los actos en documento privado que contienen convenciones sinalagmáticas sólo son válidos si han sido hechos de acuerdo con los originales que existen de las partes que tienen un interés distinto.

Basta un original para todas las personas que tienen el mismo interés.

Cada original debe contener la mención del número de los originales que han sido hechos. Sin embargo, la falta de mención de que los originales han sido hechos dobles, triples, etcétera, no puede ser opuesta por el que ha ejecutado la convención que consta en el acto.

Estas disposiciones no se aplican a los actos cumplidos en forma electrónica.

(Art. 1325 actual).

Artículo 1297. La prueba de un acto jurídico por el que una sola parte se obliga hacia otra a pagarle una suma de dinero o a entregarle un bien fungible debe resultar de un título que implique la firma del que ha suscrito este compromiso así como la mención, escrita por el mismo, de la suma o de la cantidad con todas las letras y cifras. En caso de diferencia, el acto en documento privado vale por la suma escrita con todas las letras.

Artículo 1298. Los actos en documento privado sólo tienen fecha contra los terceros desde el día en que han sido registrados, desde el día de la muerte de éste o de uno de los que los han suscrito, o desde el día en que su sustancia es constatada en los actos redactados por oficiales públicos, tales como actas de precintos o de inventario.

(Art. 1328 actual).

Artículo 1299. Los escritos que emanan del que pretende ser acreedor no constituyen prueba de la obligación que enuncian, salvo las derogaciones que resultan de la ley, del uso o de la convención.

En estos dos últimos casos, estos escritos tienen el valor de presunciones e indicios.

Artículo 1300. Los escritos hacen prueba contra su autor; pero el que quiere obtener ventaja de ello no puede dividirlos.

Artículo 1300.1. Los registros y papeles domésticos no son un título para el que los ha escrito. Dan fe contra él: 1.º en todos los casos en que enuncian expresamente un pago recibido; 2.º cuando contienen la mención expresa de que la nota ha sido hecha para suplir la falta del título a favor de aquel en beneficio del cual enuncian una obligación.

(Art. 1331 modificado)

Artículo 1300.2. La escritura puesta por el acreedor a continuación, al margen o al reverso de un título que ha quedado siempre en su posesión, da fe, aunque no firmada ni fechada por él, cuando se dirige a establecer la liberación del deudor.

Acontece lo mismo en la escritura puesta por el acreedor al reverso, o al margen, o a continuación del duplicado de un título o de un recibo, siempre que este duplicado esté en poder del deudor.

(Art. 1322 actual).

§ 3. De las copias de títulos y actos reconocitivos

Artículo 1301. Las copias, cuando el título original subsiste, no dan fe de lo que contiene el título, cuya representación puede ser exigida siempre.

(Art. 1334 actual empleado de nuevo)

Artículo 1302. Cuando el título original no existe ya, las copias dan fe según las distinciones siguientes:

1.º Las copias ejecutorias o primeras expediciones dan la misma fe que el original: producen lo mismo las copias que han sido obtenidas por la autoridad del magistrado, partes presentes o debidamente llamadas, o las que han sido obtenidas en presencia de las partes y de su consentimiento recíproco.

2.º Las copias que sin la autoridad del magistrado, o sin el consentimiento de las partes, y después de la expedición de las copias ejecutorias o primeras expediciones, han sido obtenidas sobre la minuta del acto por el notario que la ha recibido, o por uno de sus sucesores, o por oficiales públicos que, en esta cualidad, son depositarios de las minutas, pueden, en caso de pérdida, dar fe cuando son antiguas.

Se consideran antiguas cuando tienen más de treinta años.

Si tienen menos de treinta años, no pueden servir como principio de prueba por escrito.

3.º Cuando las copias obtenidas sobre la minuta de un acto no lo han sido por el notario que la ha recibido, o por uno de sus sucesores, o por oficiales públicos que, en esta cualidad, son depositarios de las minutas, no podrán servir, cualquiera que sea su antigüedad, como principio de prueba por escrito.

4.º Las copias de copias podrán, según las circunstancias, ser consideradas como simples informes.

(Art. 1335 actual empleado de nuevo).

Artículo 1303. La transcripción de un acto en los registros públicos sólo puede servir como principio de prueba por escrito; y es preciso incluso para esto:

1.º Que sea firme que todas las minutas del notario, del año en el cual el acto parece haber sido hecho, estén pérdidas, o que se pruebe que la pérdida de la minuta de este acto ha sido hecha por un accidente particular;

2.º Que existe un repertorio en regla del notario, que constata que el acto ha sido hecho en la misma fecha. Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias la prueba por testigos sea admitida, es necesario que los que han sido testigos del acto, si existen todavía, sean oídos.

Artículo 1304. En caso de pérdida del título original, la copia fiel y duradera de un acto en documento privado puede bastar para probar su existencia.

Artículo 1305. Los actos reconocitivos no dispensan de la representación del acto primordial, a no ser que su tenedor no sea especialmente informado de ello.

Lo que contienen por encima del acto primordial, o lo que aparece en ellos como diferente, no produce ningún efecto.

Sin embargo, si existen varios reconocimientos conformes, apoyados en la posesión, y de los que uno tiene treinta años de fecha, el acreedor puede ser dispensado de representar el acto primordial.

(Art. 1337 actual empleado de nuevo)

SECCIÓN 3. DE LA EXIGENCIA DE UNA PRUEBA POR ESCRITO Y DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS (ARTS. 1306 A 1313)

Nota G. C: *El título actual no es satisfactorio. El título propuesto cierra el contenido de las disposiciones de la sección que establece en primer lugar la exigencia de una prueba literal y regula a continuación la prueba testimonial.*

Artículo 1306. Debe ser constituida una prueba por escrito de los actos jurídicos que excedan de una suma de dinero o un valor fijado por decreto.

Ninguna prueba de testigos es admisible de las partes del acto contra y más allá de su contenido, ni sobre lo que se alega que ha sido dicho antes, en el momento o después del acto, aunque se trate de una suma o un valor menor.

Todo ello sin perjuicio de lo que se prescribe en las leyes relativas al comercio.

Artículo 1307. La norma anterior se aplica en el caso en que la acción contiene, además de la demanda del capital una demanda de intereses que, unidos al capital, exceden de la cifra prevista en el artículo precedente.

(Art. 1342 actual).

Artículo 1308. Cuando se ha hecho una demanda que excede la cifra prevista en el artículo 1341, no puede ya ser admitida la prueba testimonial, incluso restringiendo su demanda primitiva.

(Art. 1343 actual).

Artículo 1309. La prueba testimonial sobre la demanda de una suma incluso inferior a la que es prevista en el artículo 1341 no puede ser admitida cuando esta suma es declarada ser lo restante o formar parte de un crédito más fuerte que no es probado por escrito.

(Art. 1344 actual).

Artículo 1310. Si, en la misma instancia, una parte hace varias demandas de las que no existe título por escrito, y que, todas juntas, exceden de la suma prevista en el artículo 1341, la prueba de testigos no puede ser admitida, incluso cuando la parte alega que estos créditos proceden de diferentes causas, y que están formados en diferentes tiempos, salvo si estos derechos provienen de sucesión, donación o de otra manera de personas diferentes.

(Art. 1345 actual).

Artículo 1311. Todas las demandas, del título que sean, que no estén enteramente justificadas por escrito, serán formadas por una misma diligencia, de acuerdo con la cual las otras demandas de las que no haya pruebas por escrito no serán admisibles.

(Art. 1346 actual).

Artículo 1312. Las normas anteriores admiten excepción cuando existe un principio de prueba por escrito:

Se considera así, si hace verosímil el hecho alegado, todo escrito emanado de aquel contra el que la demanda es formada, o de aquel que él representa.

Pueden ser consideradas por el juez como equivalente a un principio de prueba por escrito las declaraciones hechas por una parte en el momento de su comparecencia personal, su rechazo a responder o su ausencia a la comparecencia.

(Art. 1347 modificado).

Cuando todos los otros modos de prueba son admisibles, el principio de prueba por escrito debe ser corroborado al menos por uno de entre ellos para que la prueba del acto sea completa.

Nota G. C: *El principio de prueba por escrito no constituye la única prueba del acto alegado. Debe ser completado por un elemento de prueba exterior al escrito que lo constituye.*

Artículo 1313. Las normas anteriores admiten igualmente excepción cuando una de las partes no ha tenido posibilidad material o moral de procurarse una prueba literal del acto jurídico, o ha perdido el título que le servía de prueba literal a consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

También admiten excepción cuando una parte o el depositario no ha conservado el título original y presentado una copia que sea la reproducción fiel y duradera del mismo. Se considera duradera toda reproducción indeleble del original que entrañe una modificación irreversible del soporte.

SECCIÓN 4. NORMAS PARTICULARES SOBRE LAS PRESUNCIONES, LA CONFESIÓN Y EL JURAMENTO (ARTS. 1314 A 1326.2)

§ 1. De las presunciones

Artículo 1314. Las presunciones son consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para un hecho des-

conocido, teniendo éste por cierto sobre el fundamento del hecho que lo hace verosímil.

(Art. 1349 modificado).

Artículo 1315. La presunción legal es la que está unida por una ley especial a ciertos actos o a ciertos hechos, tales como:

- 1.º los actos que la ley declara nulos, como presumidos hechos en fraude de sus disposiciones, según su sola calidad;
- 2.º los casos en los que la ley declara la propiedad o la liberación que resulta de ciertas circunstancias determinadas;
- 3.º la autoridad que la ley atribuye a la cosa juzgada;
- 4.º la fuerza que la ley une a la confesión de la parte o a su juramento.

(Art. 1350 actual).

Artículo 1316. La autoridad de la cosa juzgada tiene lugar respecto de lo que ha constituido el objeto de la sentencia. Es preciso que la cosa demandada sea la misma; que la demanda esté fundada en la misma causa; que la demanda sea entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad.

(Art. 1351 actual).

Artículo 1317. La presunción legal dispensa a aquel en cuyo beneficio ha sido establecida la prueba del hecho que toma en consideración, cuando el hecho que hace a éste verosímil es cierto.

Ninguna prueba es admitida contra la presunción de la ley, cuando, sobre el fundamento de esta presunción, anula ciertos actos o deniega la acción judicial, a no ser que haya reservado la prueba contraria y salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesión judiciales.

(Art. 1352 modificado).

Artículo 1318. Las presunciones que no son establecidas por la ley son abandonadas a las luces y a la prudencia del magistrado, que sólo debe admitir las presunciones graves y precisas o concordantes, y únicamente en los casos en que la ley admite las pruebas testimoniales, a no ser que el acto sea atacado por causa de fraude o de dolo.

Tales presunciones admiten siempre la prueba contraria.

(Art. 1353 modificado).

§ 2. De la confesión

Artículo 1319. La confesión que es opuesta a una parte es extrajudicial o judicial.

(Art. 1354 actual).

Artículo 1320. La alegación de una confesión extrajudicial puramente verbal es inútil todas las veces que se trate de una demanda en la que la prueba testimonial no es admisible.

(Art. 1355 actual).

Artículo 1321. La confesión judicial es la declaración que hace judicialmente la parte o su apoderado con poder especial.

Da plena fe contra el que la ha hecho;

No puede ser dividida contra él;

No puede ser revocada, a no ser que se pruebe que ha sido la consecuencia de un error de hecho. No puede ser revocada con el pretexto de un error de derecho.

(Art. 1356 actual).

§ 3. Del juramento

Artículo 1322. El juramento judicial es de dos clases:

1.º El que es deferido de oficio por el juez a una u otra de las partes;

2.º El que una parte defiere a otra para hacer depender la sentencia de la causa: es denominado decisorio.

(Art. 1357 actual).

Artículo 1323. El juramento puede ser deferido de oficio por el juez a una de las partes, sea para hacer depender de él la decisión de la causa, sea solamente para determinar el montante de la condena.

El valor probatorio de tal juramento se apreciará soberamente por el juez.

(Art. 1366 actual).

Artículo 1324. El juez puede deferir de oficio el juramento, sea sobre la demanda, sea sobre la excepción que es opuesta a la misma, con las condiciones siguientes; es preciso:

1.º Que la demanda o la excepción no esté plenamente justificada;

2.º Que no sea totalmente desprovista de pruebas.

Fuera de estos dos casos, el juez debe admitir o rechazar puramente y simplemente la demanda.

(Art. 1367 actual).

Artículo 1324.1. El juramento deferido de oficio por el juez a una de las partes no puede ser para ella referido a la otra.

(Art. 1368 actual).

Artículo 1324.2. El juramento sobre el valor de la cosa demandada puede ser deferido por el juez al demandante cuando además es imposible constatar de otra manera este valor.

El juez debe incluso, en este caso, determinar la suma hasta cuya concurrencia el demandante será creído sobre el juramento.

(Art. 1369 actual).

Artículo 1325. El juramento decisorio puede ser deferido sobre cualquier clase de contestación que sea.

(Art. 1358 actual).

Artículo 1325.1. Sólo puede ser deferido sobre un hecho personal a la parte a la que se defiere.

(Art. 1359 actual).

Artículo 1325.2. Puede ser deferido en todo momento, y aún cuando no existe algún principio de prueba de la demanda o de la excepción sobre la que es provocado.

(Art. 1360 actual).

Artículo 1325.3. Aquel al que el juramento es deferido, que lo rechaza o no consiente el referirlo a su adversario, o el adversario al que ha sido referido y que lo rechaza, debe sucumbir en su demanda o en su excepción.

(Art. 1361 actual).

Artículo 1325.4. El juramento no puede ser referido cuando el hecho que constituye el objeto del mismo no es el de las dos partes, sino que es puramente personal de aquel al que el juramento había sido deferido.

(Art. 1362 actual).

Artículo 1326. Cuando el juramento deferido o referido ha sido hecho, el adversario no está facultado para probar la falsedad de él.

(Art. 1363 actual).

Artículo 1326.1. La parte que ha deferido o referido el juramento no puede ya retractarse cuando el adversario ha declarado que está dispuesto a hacer este juramento.

(Art. 1364 actual).

Artículo 1326.2. El juramento sólo constituye prueba en beneficio de aquel que lo ha deferido o contra él, y en beneficio de sus herederos y causahabientes o contra ellos.

No obstante, el juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor libera a éste por la parte de este acreedor;

El juramento deferido al deudor principal libera igualmente a los fiadores;

El deferido a uno de los deudores solidarios beneficia a los codeudores;

Y deferido al fiador beneficia al deudor principal.

En estos dos últimos casos, el juramento del codeudor solidario o del fiador beneficia a los otros codeudores o al deudor principal cuando ha sido deferido sobre la deuda, y no sobre el hecho de la solidaridad o de la fianza.

(Art. 1365 actual).

SUBTÍTULO II. DE LOS CUASICONTRATOS (ARTS. 1327 A 1339)

Artículo 1327. Los cuasicontratos son hechos puramente voluntarios, como la gestión sin título del negocio de otro, el pago de lo indebido o el enriquecimiento sin causa del que resulta un compromiso del que uno se beneficia sin tener derecho a ello, y alguna vez un compromiso de su autor hacia otro.

Notas:

1) El artículo 1370 recoge el cañamazo actual del artículo 1371. La referencia al autor de los hechos hace superflua la precisión «del hombre». El compromiso del que se beneficia de estos hechos hacia su autor viene en primer lugar, pues es común a todos los cuasicontratos (e inherente a la noción), mientras que el compromiso del autor de los hechos es ocasional (y en la práctica propio de la gestión de negocios). La gestión sin título significa sin mandato ni título legal o judicial de intervención en los negocios de otro.

2) *Así enunciado el artículo 1370 desarrolla la definición trazada en el artículo 1101.2, párrafo 2 en el título de las fuentes de las obligaciones.*

3) *Las dos clases particulares de cuasicontratos y la teoría general del enriquecimiento sin causa tienen como punto común una ventaja recibida por una persona que no tiene derecho a ello (criterio de agrupación sugerido por Carbonnier).*

4) *La insistencia «gestión sin título del negocio de otro» es marcada para poner de manifiesto un punto común a todos los cuasicontratos: sin título, indebido, sin causa. No existe sin duda cuestión sobre la ubicación de la gestión de negocios en la sección que le es dedicada (pero se habría podido concebir titular el capítulo: «De la gestión sin título del negocio de otro» ¿Por qué no?).*

CAPÍTULO I. DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (O DE LA GESTIÓN SIN TÍTULO DEL NEGOCIO DE OTRO)

Artículo 1328. El que, espontáneamente, se encarga a título benévolo del negocio de otro, sin saberlo o sin oposición del dueño de este negocio, se somete, en el cumplimiento de los actos jurídicos o materiales de su gestión, a todas las obligaciones de un mandato expreso que habría recibido de él.

Nota: El carácter gratuito del mandato resulta suficientemente del hecho de que la remuneración del gerente no figura en el número de las obligaciones del dueño del negocio. La utilidad de la gestión es una condición de estas obligaciones que es señalada convenientemente, lo que basta. La adjunción de los actos materiales es en lo sucesivo clásica.

Artículo 1328.1. Debe continuar la gestión del negocio y de sus accesorios hasta que el dueño del negocio o su heredero esté en condiciones de poder hacerlo por sí mismo o que pueda liberarse sin riesgo de pérdida.

Nota: Es el nuevo empleo de dos disposiciones: Código civil art. 1372 y 1373.

Artículo 1328.2. Las circunstancias que lo han llevado a encargarse de un negocio pueden autorizar al juez a moderar la indemnización de los daños y perjuicios que resulten de una gestión defectuosa.

Nota: Con algunas palabras es casi la disposición del artículo 1374, p. 2 actual. Esta flexibilidad merece ser conservada, pues-

to que orienta al juez frente a las circunstancias variables que han presidido la intervención (su necesidad, el espíritu de su autor, etcétera).

Artículo 1328.3. Aquel cuyo negocio ha sido útilmente administrado debe cumplir los compromisos que el gerente ha contraído en su nombre, indemnizarle de todos los compromisos personales que ha asumido, reembolsarle de todos los gastos útiles o necesarios que ha hecho y, con exclusión de toda remuneración, tener en cuenta las pérdidas que ha sufrido.

Nota: «Útilmente»: es la palabra clave que tiene su lugar en la cabecera de las obligaciones del dueño que están subordinadas a la utilidad de la gestión; la referencia a las pérdidas sufridas y sobrevenidas.

Artículo 1329. Las normas de la gestión de negocios se aplican semejantemente cuando la gestión es emprendida no en el interés exclusivo de otro sino en el interés común de otro y del gerente.

En este último caso, la carga de los compromisos, de los gastos y de las pérdidas se reparte en proporción de los intereses de cada uno.

Artículo 1329.1. Si la acción del gerente no responde a las condiciones de la gestión de negocios, pero resulta, sin embargo, beneficiosa para el dueño de este negocio, éste debe indemnizar al gerente según las normas del enriquecimiento sin causa.

Nota: Es la repetición, con algunos matices de formulación, de una sugerencia interesante.

CAPÍTULO II. DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Artículo 1330. El que recibe, por error o con conocimiento, lo que no le es debido, está obligado a restituir lo que ha recibido indebidamente.

Nota: Es el artículo 1376 actual, texto básico muy claro que corresponde típicamente al cuasicontrato.

Sin embargo, si prueba que el pago procede de una intención liberal, de una obligación natural o de otra causa, no hay lugar a restitución.

Nota: Es una adjunción de una evidencia, pero sobre todo oportuno (efecto de coherencia con diversas disposiciones).

Artículo 1331. Hay lugar a restitución cuando la deuda que había justificado el pago es luego anulada o resuelta, o pierde de otra manera su causa.

Nota: Punto de interrogación: esta disposición sale del ámbito del cuasicontrato. Es una extensión a casos que pertenecen a la teoría de las nulidades (sanciones). Esta extensión es además hoy en día contestada (Civ. 1.ª 24 de septiembre de 2002, D. 2003.369).

Artículo 1332. Cuando una persona, por error o bajo coacción ha pagado la deuda de otro, puede hacerse reembolsar sea por el verdadero deudor, sea por el acreedor, salvo si éste, a consecuencia del pago, ha suprimido su título o abandonado una garantía.

Notas:

Adjunción hoy en día generalmente admitida.

La atribución de esta opción es interesante

La referencia al abandono de una garantía es igualmente interesante.

Artículo 1333. Si existe mala fe de parte del que ha recibido, está obligado a restituir tanto el capital como los intereses o los frutos, desde el día del pago.

Nota: Es el artículo 1378 actual.

Artículo 1334. Si la cosa indebidamente recibida es un cuerpo cierto, el que la ha recibido debe restituirla en especie, si existe, o su valor en el día de la restitución, si ha perecido o deteriorado por su culpa; igualmente es garante de su pérdida por caso fortuito, si la ha recibido de mala fe.

Nota: Es el artículo 1379 actual, pero con referencia a un cuerpo cierto (en el tenor actual, el bien mueble corporal podría ser una cosa genérica, lo que no es pertinente en esta disposición).

Artículo 1334.1. Si el que ha recibido de buena fe ha vendido la cosa, debe restituir el precio de la venta; en el caso contrario, debe el valor de ella en el día de la restitución.

Nota: Es el artículo 1380 actual mediando la adjunción de la hipótesis contraria de la mala fe.

Artículo 1335. Aquel al que la cosa es restituida debe tener en cuenta, incluyendo al poseedor de mala fe, todos los gastos necesarios y útiles que han sido hechos para la conservación de la cosa.

Nota: Es la disposición actual del artículo 1381.

CAPÍTULO III. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Art. 1336. El que se enriquece sin causa en detrimento de otro debe al que se encuentra empobrecido una indemnización igual a la menor de las dos sumas a las que se elevan el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Nota: Esta fórmula tradicional, en la jurisprudencia, parece preferible a «en la medida del enriquecimiento correlativo».

Art. 1337. El enriquecimiento es sin causa cuando la pérdida sufrida por el empobrecido no procede ni de su intención liberal a favor del enriquecido, ni del cumplimiento de las obligaciones a las que está obligado frente a él, en virtud de la ley, de la sentencia o del contrato, ni de la persecución de un interés puramente personal.

Nota: Esta formulación que desarrolla el título del capítulo, es más simple y más clara que la solución inversa («la ventaja no es injustificada») y permite agrupar todos los casos de ausencia de causa.

Artículo 1338. El empobrecido no tiene acción cuando los otros recursos de que disponía topan con obstáculos jurídicos como la prescripción, o cuando su empobrecimiento resulta de una culpa grave de su parte.

Notas:

La subsidiariedad de la acción de in rem verso es indicada en su consecuencia principal.

La reserva de la culpa grave es cercana a la jurisprudencia.

Artículo 1339. El enriquecimiento y el empobrecimiento se aprecian en el día de la demanda. Sin embargo, en caso de mala fe del enriquecido, el enriquecimiento se apreciará al tiempo en que se ha beneficiado de él.

Nota: Este artículo final es útil.

SUBTÍTULO III. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (ARTS. 1340 A 1386)

Exposición de motivos

GENEVIÈVE VINEY

El objeto del presente informe consiste en dar cuenta de lo esencial de los debates que se han desarrollado en el seno del grupo

de trabajo encargado de la redacción del Título IV «De la responsabilidad». Se dirige a explicitar el sentido de las opciones que han sido hechas sobre los puntos más importantes. Se completa con las notas y observaciones que acompañan al propio texto.

I. Una de las dificultades a las que se enfrentó el grupo consistía en determinar el nivel de generalidad al que convenía situarse para seleccionar las disposiciones a insertar en el Código civil.

1.º En particular, es preciso tomar partido sobre el punto de saber si convenía incluir, al lado de las disposiciones generales que recogen lo que se ha convenido en llamar «el derecho común», algunos regímenes especiales de responsabilidad.

Las opiniones estaban muy divididas al respecto. Algunos han emitido la opinión de que estos regímenes no deberían tener su lugar en el Código civil y que la resolución, tomada en 1998, de insertar en éste el texto transpuesto de la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos era rechazable, mientras que otros han hecho valer que es deseable que el Código civil refleje las tendencias dominantes en el Derecho contemporáneo y que las disposiciones más corrientemente aplicadas por los tribunales figuran en el mismo.

Finalmente, se ha decidido dejar fuera del Código civil la mayor parte de los regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización que son reglamentados por leyes particulares³², pero no sacar los artículos 1386.1 a 1386.18³³ que el grupo ha dejado intactos, puesto que el legislador francés no puede en lo sucesivo modificar estos textos sin el asentimiento de las autoridades europeas. En cambio, la mayoría se pronuncia a favor de la inclusión de las disposiciones que reglamentan el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación terrestre, estableciendo además en ellas modificaciones de forma y fondo importantes en relación con la Ley de 5 de julio de 1985.

2.º En segundo lugar, es, a propósito de la reglamentación de la indemnización del daño corporal, que ha parecido difícil conciliar el imperativo de una redacción clara y concisa con la voluntad de establecer las precisiones técnicas necesarias para definir los derechos y las obligaciones de las partes. Principalmente, la lista de los perjuicios indemnizables (art. 1379) y sobre todo la de las

³² Especialmente las que reglamentan la responsabilidad de las compañías aéreas por los daños causados al suelo por los aparatos, la de las explotaciones teleféricas por los daños sufridos por los daños sufridos por los terceros, la del explotador de un reactor nuclear, etcétera. Sucede lo mismo para los textos que rigen la indemnización de los accidentes de trabajo, los daños que resultan de infracciones o de atentados terroristas, de transfusiones contaminantes por el virus HIV, del amianto, etcétera.

³³ Esta propuesta no ha obtenido la unanimidad.

prestaciones que dan derecho al recurso de los terceros pagadores (art. 1379.5) pueden parecer una factura poco elegante. La primera parece, sin embargo, indispensable. En cuanto a la segunda, reproduce al actual artículo 29 de la Ley de 25 de julio de 1985 y al artículo L. 131.2 del Código de seguros a los cuales se habría podido pensar en reenviar pura y simplemente, pero, por razones de comodidad, la mayoría de los miembros del grupo juzgó preferible integrarla en el Código que, por este hecho, contiene el conjunto de las normas aplicables a esta cuestión de indemnización del daño corporal, tan importante en la práctica.

II. La opción de una construcción adaptada a la materia ha planteado inmediatamente la cuestión del lugar que ha de asignarse respectivamente a las cuestiones relativas a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual. ¿Era preciso mantener la reglamentación de la responsabilidad contractual en el título III en el lugar que le habían asignado los redactores del Código civil, limitando el objeto del título IV a la responsabilidad extracontractual? ¿Era, por el contrario, preferible agrupar el conjunto en el título único titulado «De la responsabilidad»? Los miembros del grupo, divididos sobre este punto, han dejado este problema en suspenso de manera que las soluciones no han sido acordadas sobre el fondo. Solamente después de haber redactado el conjunto y constatado que las normas comunes a las dos ramas de la responsabilidad la entienden muy ampliamente, han adoptado, por mayoría, el segundo partido³⁴. Un capítulo titulado «Disposiciones preliminares» ha sido situado en el exergo del título IV a fin de regular las relaciones entre las dos ramas de la responsabilidad.

Siguen dos capítulos dedicados respectivamente a las condiciones (capítulo dos) y a los efectos (capítulo tres) de la responsabilidad, seguidos del último capítulo titulado «De los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización».

A propósito de las condiciones de la responsabilidad (capítulo dos), se llegó a un acuerdo bastante fácilmente para reconocer que el perjuicio reparable, el nexo de causalidad y las causas de exoneración se definen de la misma manera en materia contractual y extracontractual, lo que conduce a agruparlas en una sección 1 titulada «Disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual». En cambio, el hecho generador de la responsabilidad constituye el objeto de disposiciones distintas para la responsabilidad extracontractual, de una parte, la sección 2 que trata suce-

³⁴ Algunos siguen, sin embargo, reticentes, ya que estiman que esta presentación no hace resaltar bastante claramente el particularismo de la responsabilidad contractual.

sivamente del «hecho personal», del «hecho de las cosas», del «hecho de otro», de las «perturbaciones de vecindad» y de las «actividades peligrosas», y para la responsabilidad contractual, de otra parte, la sección 3 no establece esta distinción.

El capítulo tres destinado a los efectos de la responsabilidad comporta una sección 1 titulada «Principios» que trata de «la reparación en especie» (§ 1), de las normas generales referentes a la evaluación y las modalidades de indemnización en forma de «daños y perjuicios» (§ 2) y de la incidencia de la pluralidad de responsables (§ 3). En cuanto a la sección 2, aporta precisiones que se refieren a las normas aplicables a la reparación de algunas categorías de daños, a saber, «el ataque a la integridad física (§ 1), «el ataque a los bienes» (§ 2) y el retraso en el pago de una suma de dinero (§ 3). La sección 3 define el estatuto de las convenciones que tratan sobre la reparación, sea que la excluyen o la limitan (§ 1), sea que fijan a tanto alzado el montante (§ 2). Una última sección, muy breve, es destinada a la prescripción de la acción de responsabilidad.

El capítulo IV, destinado a los regímenes especiales, está dividido en dos secciones, una dedicada a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación y otra, a la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos.

III. Sobre el fondo, los miembros del grupo no han buscado innovar por sistema. Al contrario, han acogido la mayor parte de las soluciones que ha establecido la jurisprudencia para completar las disposiciones muy elípticas que figuraban en el Código civil. No obstante, no han querido tampoco limitarse a proponer una «codificación del derecho estable», estimando que debían tomar partido sobre las cuestiones delicadas a propósito de las cuales la jurisprudencia está dividida o contestada por la doctrina. No han dudado tampoco en eliminar las disposiciones que les han parecido caducas³⁵ o incluso únicamente inoportunas³⁶, ni introducir nuevas cuando le ha parecido natural adecuar el Derecho a las exigencias de la vida contemporánea³⁷.

Nosotros nos limitaremos a señalar en este informe las posiciones que parecen más notables.

³⁵ Como la responsabilidad del artesano por el hecho de sus aprendices prevista actualmente por el artículo 1384, párrafo 6 o la responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados por la falta de mantenimiento o el vicio de construcción que resulta del artículo 1386.

³⁶ Como la que ha introducido la Ley de 7 de noviembre de 1922 en el párrafo 2 del artículo 1384.

³⁷ Por ejemplo, las que figuran en los artículos 1358, 1360, 1362, 1371, 1373 y 1379.7... del texto propuesto.

1.º La posición del grupo referente al concepto de responsabilidad contractual.

Se sabe que una corriente doctrinal reciente niega la conexión de los daños y perjuicios contractuales con el concepto de responsabilidad³⁸. Los autores que defienden este punto de vista estiman que estos daños y perjuicios constituyen una simple modalidad de ejecución de las obligaciones contractuales, lo que les lleva a descartar la exigencia de un daño para justificar su surgimiento y a proponer que se someta al régimen extracontractual todas las condenas para reparar las consecuencias dañosas de la inexecución.

Esta visión de las cosas que es contradicha por una jurisprudencia muy mayoritaria, no ha comportado la adhesión de la mayoría de la doctrina. No ha sido mantenida por los miembros del grupo. Estos estiman, en efecto, que es necesario mantener, en beneficio del acreedor insatisfecho, al lado del derecho a exigir la ejecución o demandar la resolución del contrato, la posibilidad de obtener la reparación de los daños que le ha causado la inexecución. Esta tercera vía les parece totalmente autónoma en relación con las otras dos, tanto en lo relativo a las condiciones impuestas al demandante para obligarse a ello como en cuanto a los resultados que puede esperar de ello. Siendo la única que garantiza al acreedor contra las consecuencias perjudiciales del incumplimiento contractual, es indispensable para su protección. Además, su objetivo indemnizatorio y el hecho de que resulta de una inexecución –es decir, de un hecho ilícito, en sentido amplio– permite anudarla al concepto de responsabilidad, sin rechazar, por tanto, las particularidades de su régimen que se explican por el cuidado de preservar las previsiones de las partes y evitar la desnaturalización del contrato.

2.º No obstante, esta opción a favor de la admisión de una verdadera responsabilidad contractual plantea un importante problema de Derecho positivo, el de las relaciones entre los dos regímenes de responsabilidad, contractual y extracontractual.

Tradicionalmente, el Derecho francés prohíbe lo que se llama la «acumulación» de los regímenes de responsabilidad, es decir, en realidad la posibilidad, para la víctima de un daño contractual, de elegir con preferencia la aplicación del régimen delictual. Para justificar esta prohibición, se invoca generalmente el hecho de que las normas que proceden de esta rama de la responsabilidad implican

³⁸ Para una exposición particularmente completa de esta doctrina, ver Philippe REMY, *La responsabilité contractuelle: «histoire d'un faux concept»*, *Re. Trim. Dr. Civ.*, 1997, p. 323.

Esta postura fue desarrollada en primer lugar por Philippe LE TOURNEAU. Ha sido recogida luego por Denis TALLON.

el riesgo de frustrar las previsiones de los contratantes y de poner en jaque las cláusulas del contrato.

Los miembros del grupo estaban divididos sobre la oportunidad de establecer en el Código esta «norma de no acumulación» que es ignorada por la mayor parte de los derechos extranjeros. Sin embargo, ha sido decidido, por la mayoría, insertarla en el artículo 1341, estableciendo, sin embargo, una excepción muy importante en beneficio de las víctimas de daños corporales. Ha parecido, en efecto, deseable permitir a estos adoptar el régimen que le es más favorable, a condición, sin embargo, de que estén en condiciones de aportar la prueba de las condiciones exigidas para justificar el tipo de responsabilidad que invocan.

El artículo 1342 prevé, en cuanto a él, la hipótesis en la que la inejecución de una obligación contractual está en el origen de un daño sufrido por un tercero. Actualmente, la jurisprudencia tiende a reconocer muy ampliamente en este caso la responsabilidad del deudor, pero, en cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, permanece particularmente vacilante. La mayor parte de las sentencias la califican de «delictual» o «extracontractual», no dudando en afirmar que el mero incumplimiento del contrato basta para establecer una culpa delictual o un hecho de la cosa desde el momento en que ha causado un daño a un tercero. Sin embargo, cuando la propiedad de una cosa ha sido transmitida por una cadena de contratos, el adquirente está entonces dotado de una «acción directa necesariamente contractual» contra todos los eslabones anteriores de la cadena de distribución. Además, en algunos casos, el Tribunal de Casación ha juzgado que la obligación contractual de seguridad beneficia, no solamente al acreedor, sino igualmente a los terceros, sin precisar por tanto si la acción del tercero víctima está sometido entonces al régimen contractual o al régimen extracontractual. Estas soluciones provocan además la incertidumbre de los jueces que no es igual a la de la doctrina, mostrándose los autores muy perplejos para proponer soluciones coherentes.

Por esto, ha parecido indispensable superar estas incertidumbres.

Para hacerlo, los miembros del grupo han partido de dos constataciones.

En primer lugar, la tendencia a admitir ampliamente la responsabilidad del deudor frente a los terceros a los cuales ha causado directamente un daño por su incumplimiento contractual corresponde a una aspiración que parece justa y que además está garantizada, sobre el plano teórico, por la admisión del principio de oponibilidad del

contrato. Es por lo que ha sido decidido establecer esta responsabilidad por una disposición explícita (en el artículo 1342, párrafo 1.º).

En cambio, es claro que la sumisión de esta responsabilidad al régimen extracontractual pone en riesgo a la vez la frustración de las previsiones de las partes descartando la aplicación de las cláusulas del contrato que no son compatibles con este régimen (principalmente las que descartan o aligeran las obligaciones o las responsabilidades o que designan la jurisdicción competente o la ley aplicable) y conferir así a los terceros que invocan el contrato para fundamentar esta responsabilidad una posición más ventajosa que aquella de la que puede valerse el propio acreedor. Pero esto parece particularmente anormal.

Así la aplicación del régimen extracontractual plantea dificultades. Luego esta aplicación, que se justifica generalmente invocando el famoso principio del «efecto relativo del contrato», no es en realidad de ningún modo impuesta por el artículo 1165 del Código civil. De los muy numerosos e importantes trabajos dedicados a este principio, resulta, en efecto, que su alcance se limita a dos consecuencias esenciales. En el momento de la conclusión del contrato, prohíbe a las partes vincular a los terceros y, en el momento de la ejecución, les reserva el derecho de exigir ésta. En cambio, no impone de ningún modo la elección del régimen de responsabilidad que ha de aplicarse en caso de inejecución.

Para definir éste, son por consiguiente consideraciones prácticas las que deben determinarlo. En este sentido, éstas implican imponer la aplicación del régimen contractual desde el momento en que el fundamento de la acción reside únicamente en un incumplimiento del contrato. En efecto, es la única manera de someter a los terceros a todos los límites y condiciones que el contrato impone al acreedor para obtener reparación de su propio daño.

En cambio, si el tercero puede establecer a cargo del deudor, además del incumplimiento contractual, un hecho generador de responsabilidad extracontractual, no existe entonces ninguna razón para privarle de la acción destinada a hacer reconocer esta responsabilidad³⁹.

Se trata de las soluciones que propone establecer el artículo 1342, párrafos 1 y 2 del proyecto presentado.

³⁹ Ciertamente, esto deja al tercero una ventaja en relación con el acreedor, pero esta ventaja parece normal, puesto que el tercero no ha consentido las eventuales limitaciones del derecho a la reparación que el acreedor ha aceptado. Así, ha sufrido un daño contra el que no tenía ningún medio de precaverse.

3.º Otra característica importante de los textos presentados reside en el favor que manifiestan con respecto a las víctimas de daños corporales o de ataques a la persona.

Esta tendencia aparece en el artículo 1341 que, en su párrafo 2, autoriza a estas víctimas escoger el régimen que les resulta más favorable, sin chocar con la norma de la no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual.

Se la encuentra igualmente en el artículo 1351, que prevé que, si éstas han sido culpables en relación con su propio daño, estas culpas serán tenidas en cuenta contra ellas para amputar su derecho a la reparación si son «graves».

Incluso inspira al artículo 1373, que niega al juez el poder de reducir la indemnización en razón de una denegación de cuidados, incluso cuando éstos hubiesen sido susceptibles de limitar las consecuencias del daño, y al artículo 1382.1, que prohíbe estipular por convención toda restricción de la indemnización del daño corporal.

En fin, la reglamentación de la indemnización de este tipo de daños por los artículos 1379 a 1379.8 aparece en su conjunto favorable a las víctimas.

4.º Otro ámbito en el que un cierto número de innovaciones han sido propuestas es el de la responsabilidad extracontractual por el hecho de otro.

Se sabe que desde la sentencia Bliet pronunciada por el Tribunal de Casación en Asamblea plenaria el 29 de marzo de 1991, la jurisprudencia ha modificado profundamente las aplicaciones de este tipo de responsabilidad, sin haber llegado, sin embargo, hasta el momento presente a estabilizar la materia.

Para tratar de hacerlo, los miembros del grupo han estimado que convenía en primer lugar indicar los dos fundamentos posibles de la responsabilidad por el hecho de otro, que son, de una parte, regular el modo de vida de las personas sometidas a una vigilancia particular en razón de su estado, y, de otra parte, encuadrar y organizar la actividad de otro en el interés personal del que ejerce el control (art. 1355).

En todos los casos, ha parecido necesario exigir la prueba de un hecho susceptible de engendrar la responsabilidad del autor directo del daño (art. 1355, p. 2). Esta condición no es conforme a la jurisprudencia actual relativa a la responsabilidad de los padres que es afirmada desde el momento que se establece un simple «hecho causal» del menor.

a) Las personas a las que es necesario regular el modo de vida son, de un lado, los menores y, de otro lado, los mayores cuyo esta-

do necesita una vigilancia particular en atención a un impedimento o de precedentes judiciales.

Entre las personas gravadas con una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de los menores, los padres han sido situados en primera línea. Ha parecido necesario vincular esta responsabilidad al ejercicio de la patria potestad, pero es la única condición que ha sido mantenida, ya que la cohabitación del hijo con sus padres está siendo, en cambio, descartada por las dificultades que suscita su definición y las anomalías a las que había conducido la aplicación de esta exigencia cuando era interpretada de manera rigurosa ⁴⁰.

En caso de muerte de los padres, el tutor asumiría la misma responsabilidad. Esta designación, con preferencia al consejo de familia, se inspira en consideraciones prácticas. El tutor es fácilmente identificable por la víctima y puede asumir el seguro destinado a garantizar este riesgo.

Se prevé que la responsabilidad incumbe igualmente a «la persona física o jurídica encargada, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular el modo de vida del menor». Esta disposición designa, además de a las asociaciones de acción educativa, establecimientos u organismos de reeducación encargados por el juez de la asistencia educativa o por el juez de los menores o un tribunal de menores de tomar a su cargo al menor en peligro o delincuente, los institutos médico-educativos o establecimientos escolares a los que los padres han confiado el menor en pensión por contrato.

El texto precisa que estos diferentes casos de responsabilidad no excluyen el uno al otro, pero podrían acumularse (art. 1356 *in fine*).

Una responsabilidad análoga pesaría sobre «las personas físicas o jurídicas encargadas, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular el modo de vida» de los mayores «cuyo estado necesita una vigilancia particular». Se trata, no solamente de los mayores bajo tutela, sino también de los jóvenes adultos que han sido objeto de una medida de colocación a consecuencia de una infracción o por las enfermedades mentales hospitalizados según las modalidades previstas por el título 1.º del Libro II de la 3.ª parte del Código de la salud pública (arts. 3211.1 ss.).

Estas responsabilidades serían impuestas de pleno derecho y sólo podrían ser eliminadas por la prueba de una causa extraña que presente los caracteres de la fuerza mayor.

⁴⁰ En efecto, favorecería entonces al padre que había dejado al hijo en detrimento del que efectivamente se ocupaba de él.

Además, ha parecido útil prever que cualquier otra persona —es decir, la que no se hace merecedora de la responsabilidad prevista en los artículos 1356 y 1357, pero que asume, a título profesional, una misión de vigilancia de otro— responde por el hecho del autor directo a no ser que pruebe que no ha sido culpable.

b) Entre las aplicaciones de una responsabilidad fundada sobre el encuadramiento y la organización de la actividad de otro por una persona que se beneficia de esta actividad, un caso clásico es el del comitente, cuya responsabilidad sería admitida en las mismas condiciones que hoy en día.

En cambio, el proyecto prevé modificar la situación personal del encargado. Su responsabilidad no sería descartada pura y simplemente, como lo ha admitido la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación en su sentencia *Costedoat* de 25 de febrero de 2000. Sería subsidiaria en relación a la del comitente, lo que parece más protector del interés de las víctimas, asegurando una protección suficiente al encargado. Además, porque las relaciones comitente-encargado han sido redefinidas de manera relativamente estricta, otro caso de responsabilidad por otro ha sido previsto a cargo de los profesionales que encuadran o controlan la actividad de otros profesionales en situación de dependencia económica, aunque éstos sean miembros de profesiones liberales, como, por ejemplo, el médico que trabaja en beneficio de la clínica, o de los comerciantes, como la filial que depende de una sociedad matriz, el concesionario o el franquiciado que ejerce su actividad en parte en beneficio del concedente o del franquiciador. La responsabilidad del profesional dominante sería entonces comprometida cuando el hecho dañoso cometido por el que está en situación de dependencia estaría en relación directa con el ejercicio del control. Este caso de responsabilidad sería totalmente nuevo, pero los miembros del grupo han pensado que sería extremadamente útil para ajustar el Derecho de la responsabilidad a las transformaciones que han afectado las estructuras económicas, tanto en el sector de la producción como en el de la distribución. Permitiría en efecto hacer pesar una parte de las responsabilidades surgidas a consecuencia de los daños causados con ocasión de las actividades económicas sobre los verdaderos decisores, lo que sería a la vez más justo frente a los profesionales en situación de dependencia y más protector de las víctimas.

5.º Entre las innovaciones propuestas, conviene señalar todavía la introducción de un nuevo caso de responsabilidad de pleno derecho, la que incumbiría al que explota una actividad anormal-

mente peligrosa por los daños consecutivos a esta actividad (art. 1362).

Esta disposición ha sido discutida particularmente en el seno del grupo. Sus partidarios han hecho valer que aproximaría el Derecho francés al de la mayor parte de los países vecinos y que estaría en armonía con la jurisprudencia administrativa que se pronuncia en este sentido. Sin embargo, algunos miembros del grupo han objetado que otras disposiciones, en especial las que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas, la harían un poco inútil. A lo que se ha argüido que este texto se referiría esencialmente a las catástrofes industriales mientras que la responsabilidad por el hecho de las cosas está mejor adaptado a los daños entre particulares.

Finalmente, se ha decidido mantener esta norma para el caso de daños masivos que resultan de actividades que presentan riesgos graves.

6.º En lo que se refiere a la función asignada a la responsabilidad, los textos propuestos acuerdan en primer lugar la reparación, conforme al Derecho actual.

Sin embargo, una disposición (el art. 1372) abre prudentemente la vía a la concesión de indemnización de daños e intereses punitivos. Somete el pronunciamiento de esta sanción a la prueba de una «culpa deliberada, especialmente de una culpa lucrativa», es decir, de una culpa cuyas consecuencias beneficiosas para su autor no serían neutralizadas por una simple reparación de los daños causados. Exige igualmente una motivación especial e impone al juez distinguir los daños punitivos de los daños compensatorios. En fin, prohíbe ponerlos a cargo del seguro, lo que es indispensable para dar a esta condena el alcance punitivo que constituye su razón de ser.

En cuanto a la prevención, no está presente como una de las funciones específicas de la responsabilidad. No obstante, un lugar discreto le ha sido reservado, bajo la cubierta de la reparación en especie. En efecto, el artículo 1369.1 dispone que «cuando el daño es susceptible de agravarse, de renovarse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, a solicitud de la víctima, cualquier medida propia para evitar estas consecuencias, comprendiendo el caso de necesidad la cesación de la actividad dañosa».

La misma idea inspira igualmente al artículo 1344 a cuyo tenor «los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación así como para reducir las consecuencias constituyen un perjuicio reparable desde el momento que han sido razonablemente comprometidos».

7.º Entre los textos propuestos para guiar a los jueces en la evaluación de los daños y perjuicios, la mayor parte de ellos confirman las posiciones de la jurisprudencia actual.

Sin embargo, se señalará una disposición que tiene además relación con el artículo 1344 que acaba de ser citado. Se trata del artículo 1373 que autoriza al juez a reducir la indemnización cuando la víctima, por una negligencia caracterizada, ha dejado un daño agravarse sin reaccionar o no hacer nada para reducirlo.

El reconocimiento de esta posibilidad de moderación responde al propósito de responsabilizar a las víctimas. Se admite hoy en día por la mayor parte de los Derechos de los países vecinos de Francia así como por la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías⁴¹ y los Principios del Derecho europeo del contrato que preconizan su adopción⁴².

Se destacará que, en el texto propuesto, sólo se trata de una posibilidad dejada a la apreciación del juez y que el ejercicio de esta facultad está subordinado a la constatación de que la reducción del daño podía ser obtenida por «medidas razonables y proporcionadas». Además, se precisa, ya se ha destacado, que ninguna reducción puede ser admitida cuando estas medidas podrían por naturaleza determinar un ataque a la integridad física de la víctima. Dicho de otra manera, el rechazo de cuidados no puede jamás motivar una disminución de la indemnización de los perjuicios que resultan de un daño corporal.

8.º Las disposiciones que conciernen a «las convenciones que se refieren a la reparación» proponen varios cambios en relación con el Derecho actual.

Consagran en primer lugar la validez de las cláusulas que excluyen o limitan la reparación, incluso si afectan a una responsabilidad de naturaleza extracontractual (art. 1382), salvo cuando esta responsabilidad está fundada en una culpa (art. 1382.4, p. 2).

Esta validación en materia extracontractual afecta principalmente a las convenciones que se refieren a las responsabilidades entre vecinos o entre personas que emprenden una actividad común sin estar vinculadas por un contrato de sociedad o de asociación.

Un primer límite a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad o de reparación afecta a la indemnización del daño corporal que no puede ser amputada convencionalmente (art. 1382.1). Luego esta solución, que es reclamada desde hace mucho tiempo por una doctrina cuasiunánime, no ha sido afirmada hasta el presente claramente por la jurisprudencia.

⁴¹ Artículo 77 CVIM.

⁴² Artículo 9-505.

Otra disposición propone considerar nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad estipuladas por un profesional en detrimento de un consumidor cuando no son compensadas por alguna «contrapartida real, seria y claramente estipulada». Está totalmente en la línea de las soluciones que se desprenden de las recomendaciones de la Comisión de cláusulas abusivas.

El texto establece igualmente algunas soluciones actuales y ya admitidas por la jurisprudencia, especialmente la ineficacia de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad en presencia de dolo o de culpa grave y la nulidad de la que tienen por efecto liberar al deudor contractual de toda responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales. Subordina en fin la oponibilidad de la cláusula, en materia contractual, a la posibilidad para la víctima de adquirir conocimiento antes de la formación del contrato y, en materia extracontractual, de una «aceptación no equívoca».

Pero las innovaciones más importantes se refieren a las cláusulas que son designadas hoy en día corrientemente con la expresión «cláusulas penales» y que se ha propuesto llamar «convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales». El grupo estima, en efecto, que no es necesario mantener los artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233, que no son apenas aplicados. Desea, por el contrario, conservar el poder de revisión judicial introducido en 1975, pero piensa que éste es necesario en el sentido de la moderación de las cláusulas «manifiestamente excesivas». En cambio, para las cláusulas «irrisorias», la reglamentación prevista en los artículos 1382 a 1382.4 parece suficiente.

La posibilidad de reducir judicialmente la reparación prevista en el contrato cuando existe ejecución parcial, que permite el actual artículo 1231, merece igualmente ser conservada.

9.º Proponiendo introducir en el Código civil las disposiciones que definen el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación, los miembros del grupo han deseado aportar a las mismas ciertas modificaciones.

La más importante se refiere a la suerte del conductor víctima de un daño a su persona. El momento parece, en efecto, que viene a asimilar al conductor a las otras víctimas, sólo reteniendo contra él, para privarle de indemnización, su «culpa inexcusable», a condición de que haya sido la «causa exclusiva del accidente».

Ciertamente, en 1985, esta asimilación ha podido ser considerada como prematura, no habiendo sido medidas aún las consecuencias de la reducción de las causas de exoneración, pero una nueva etapa parece imponerse hoy en día. En efecto, los conducto-

res están expuestos a los riesgos de la circulación exactamente como los peatones, los ciclistas y los pasajeros. Una asunción de su indemnización por el seguro obligatorio, cuya razón de ser es precisamente la garantía de estos riesgos, parece pues lógica y necesaria. Además, la jurisprudencia ha llegado ya, en un determinado número de casos, a este resultado.

Por lo mismo, la exclusión de los accidentes de tren y de tranvía, admitida en 1985, apenas parece ya justificable. Se constata además que la jurisprudencia rechaza en lo sucesivo casi sistemáticamente admitir la exoneración de la SNCF en caso de accidente corporal, las causas extrañas invocadas para excluir la responsabilidad que surge sobre el fundamento de un incumplimiento de su obligación de seguridad de resultado no siendo prácticamente nunca consideradas que presentan los caracteres de la fuerza mayor, incluso si se trata de culpas de la víctima, *a fortiori* de casos fortuitos o de hechos de un tercero. La aplicación del mismo régimen de responsabilidad a todas las víctimas de accidentes de la circulación en los cuales están implicados vehículos terrestres de motor parece imponerse así por razones de simplicidad y equidad.

La interpretación muy estricta que el Tribunal de Casación adopta actualmente de la culpa inexcusable de la víctima hace inútil el mantenimiento de la disposición relativa especialmente a los menores y las personas ancianas o disminuidas. Para todas las víctimas, parece suficiente exigir la prueba de su culpa inexcusable a fin de rechazar o limitar su indemnización.

Las explicaciones contenidas en este informe sólo se refieren a las cuestiones que parecen más importantes. Deben ser completadas por las que acompañan al propio texto.

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES PRELIMINARES

Este capítulo es especialmente importante, pues toma partido sobre las cuestiones fundamentales y más controvertidas.

Se exige un hecho ilícito o anormal para fundar la responsabilidad, pero precisa que este hecho no exige el discernimiento.

Establece la noción de responsabilidad contractual así como la norma de la no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual que descarta, sin embargo, en caso de daño corporal.

Permite a un tercero al contrato demandar la reparación del daño causado por la inejecución de una obligación contractual, pero somete entonces al tercero a las normas de la responsabilidad

contratual, a no ser que esté en condiciones de demostrar la existencia de un hecho susceptible de entrañar la responsabilidad extracontractual del demandado. En esta última hipótesis, el tercero dispone de una opción entre los dos regímenes.

Artículo 1340⁴³. Todo hecho ilícito o anormal que haya causado un daño a otro obliga al que le sea imputable a repararlo.

De igual manera⁴⁴, toda inejecución de una obligación contractual que haya causado un daño al acreedor obliga al deudor a responder de él.

Artículo 1341⁴⁵. En caso de inejecución de una obligación contractual, ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones específicas de la responsabilidad contractual para optar a favor de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, cuando esta inejecución provoca un daño corporal, el cocontratante puede, para obtener la reparación de este daño, optar a favor de las normas que le son más favorables.

Artículo 1342⁴⁶. Cuando la inejecución de una obligación contractual es la causa directa de un daño sufrido por un tercero, éste puede demandar reparación al deudor en base a los artículos 1362 a 1366. Entonces está sometido a todos los límites y condi-

⁴³ Este texto, que se presenta como un anuncio de los textos posteriores, utiliza la noción de «hecho ilícito o anormal» para introducir las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual.

⁴⁴ Esta fórmula se dirige a marcar la identidad de las dos responsabilidades, en contra de la utilización de dos palabras diferentes (responder, reparar) por razones de estilo.

⁴⁵ El grupo ha escogido integrar esta disposición después del texto general que anuncia los diferentes casos de responsabilidad antes que modificar la definición de la culpa dada por el artículo 1353. Esta solución permite evitar decir que la persona privada de discernimiento puede cometer una culpa. Además, da a la responsabilidad del enajenado (y eventualmente de los menores) un alcance general que vale para todos los hechos generadores de responsabilidad extracontractual e incluso para la responsabilidad contractual.

Se remarcará que el artículo 1351.1 excluye la exoneración por culpa de la víctima cuando la misma está privada de discernimiento. Los miembros del grupo estiman, en efecto, que la exoneración por culpa de la víctima es una pena privada que sólo debe, en consecuencia, aplicarse a las personas conscientes de las consecuencias de sus actos.

⁴⁶ Este texto es el resultado de largas reflexiones...

Consecuencia de la comunicación de los trabajos del grupo 10 sobre los efectos del contrato frente a terceros, la solución más equilibrada ha parecido la de conceder por principio a los terceros una acción de reparación permitiéndoles valerse de la inejecución del contrato cuando les ha causado un perjuicio (lo que actualmente es admitido por el Tribunal de Casación bajo el ángulo de la asimilación de las culpas), pero sometiendo entonces al tercero a todas las limitaciones nacidas del contrato (cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, cláusulas de competencia, límite de la previsibilidad del daño...). Esta solución respondería al argumento más a menudo invocado contra la asimilación de las culpas (que, actualmente, permite al tercero a la vez fundarse sobre el contrato y eludir todos los inconvenientes). Conduciría igualmente a hacer desaparecer todas las controversias y distinciones vinculadas a las cadenas y a los grupos de contratos, así como absorber la situación de las víctimas indirectas. Sin embargo, el grupo mantiene la posibilidad para el tercero que desea escapar a las limitaciones de un contrato del que no ha sido parte para fundarse sobre la responsabilidad extracontractual, pero debe probar entonces todas las condiciones necesarias para la puesta en juego de esta responsabilidad.

ciones que se imponen al acreedor para obtener reparación de su propio daño.

Puede igualmente obtener reparación sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual, pero con la carga para él de aportar la prueba de uno de los hechos generadores contemplados en los artículos 1352 a 1362.

CAPÍTULO 2. DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES COMUNES A LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. El perjuicio reparable

La definición del perjuicio reparable queda bastante general, pero la alusión a la lesión de un interés colectivo parece útil, principalmente para permitir la reparación del perjuicio ecológico.

Parece igualmente deseable establecer disposiciones especiales a los gastos efectuados para minimizar las consecuencias del hecho dañoso y la pérdida de una oportunidad.

Artículo 1343⁴⁷. Es reparable todo perjuicio⁴⁸ cierto que consista en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo⁴⁹.

Artículo 1344. Los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un perjuicio reparable, desde el momento que han sido razonablemente comprometidos.

⁴⁷ Una discusión se ha entablado sobre la oportunidad de dar en el Código una definición del daño (o del perjuicio) reparable, que hace falta actualmente. A pesar de la dificultad de esta definición, el grupo decide no dejar pasar la ocasión.

El grupo decide, después de discusiones, establecer dos textos en dos puntos discutidos: los gastos efectuados para prevenir la realización de un daño y la pérdida de una oportunidad. En cambio, no parece útil dedicar un artículo especial a las pérdidas de explotación.

⁴⁸ En la medida de lo posible, el grupo ha intentado dar sentidos distintos a los términos «daños» y «perjuicio», designando el daño y el menoscabo a la persona o a los bienes de la víctima y el perjuicio, la lesión de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que resulta de él.

⁴⁹ El término «colectivo» ha sido introducido a fin de permitir a los tribunales admitir especialmente la indemnización del perjuicio ecológico. Sin embargo, el grupo no ha tomado partido sobre el punto de saber quien puede solicitar la reparación (individuos lesionados, asociaciones que agrupan a estos...). Se estima que esta cuestión deriva principalmente del procedimiento.

Artículo 1345. El perjuicio futuro es reparable cuando es la prolongación cierta y directa de un estado de cosa actual⁵⁰.

Cuando la certidumbre del perjuicio depende de un suceso futuro e incierto, el juez puede condenar inmediatamente al responsable subordinando la ejecución de su decisión a la realización de este suceso⁵¹.

Artículo 1346. La pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio reparable distinto de la ventaja que habría procurado esta oportunidad si se hubiese realizado.

§ 2. La relación de causalidad

Parece ilusorio tratar de definir la relación de causalidad con una fórmula general. En cambio, la afirmación de la responsabilidad solidaria de los miembros de un grupo de donde emana el daño, cuando el autor no es identificado, parece útil, siendo susceptible esta solidaridad de aplicarse en circunstancias diversas.

Artículo 1347. La responsabilidad supone establecida una relación de causalidad entre el hecho imputado al demandado y el daño.

Artículo 1348. Cuando un daño es causado por un miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados responden solidariamente sin perjuicio de que cada uno de ellos demuestre que no puede ser el autor del mismo⁵².

§ 3. Las causas de exoneración

El texto establece la noción de causa extraña contentándose con enumerar los hechos de donde proviene. En cambio, define la fuerza mayor tomando una de las formulaciones acogidas por el Tribunal de Casación.

Las modificaciones en relación con las soluciones actuales se refieren a la culpa de la víctima cuyo efecto exoneratorio es excluido cuando el autor está privado de discernimiento y atenuado cuando sufre un daño corporal. En cambio, se precisa que la culpa intencional de la víctima la priva de toda reparación.

⁵⁰ Esta fórmula procede de algunas sentencias del Tribunal de Casación.

⁵¹ Esta solución, admitida por la jurisprudencia en beneficio de las víctimas seropositivas amenazadas por el SIDA, parece generalizable.

⁵² Este texto, que evoca la jurisprudencia bien conocida sobre los accidentes de casa, podría aportar una solución en otras situaciones, en particular en caso de daños causados por un producto distribuido por algunas empresas, todas identificadas, cuando no puede establecerse cual de ellas ha vendido el producto que está en el origen de los perjuicios sufridos por las víctimas.

Artículo 1349. La responsabilidad no es contraída cuando el daño se debe a una causa extraña que presenta los caracteres de la fuerza mayor.

La causa extraña puede proceder de un caso fortuito, del hecho de la víctima o del hecho de un tercero del que el demandado no ha de responder.

La fuerza mayor consiste en un suceso irresistible que el agente no podía prever o del que no podía evitar los efectos mediante medidas apropiadas.

Artículo 1350. La víctima es privada de toda reparación cuando ha buscado voluntariamente el daño.

Artículo 1351. La exoneración parcial sólo puede resultar de una culpa de la víctima habiendo concurrido a la producción del daño⁵³. En caso de ataque a la integridad física, solo la culpa grave puede entrañar la exoneración parcial⁵⁴.

Artículo 1351.1. Las exoneraciones previstas en los dos artículos precedentes no son aplicables a las personas privadas de discernimiento.

SECCIÓN 2. DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. El hecho personal

Una definición de alcance general de la culpa es propuesta así como una precisión relativa a la culpa de la persona jurídica que puede referirse a su organización o a su funcionamiento.

Artículo 1352. Toda culpa obliga a su autor a reparar el daño que ha causado.

Constituye una culpa la violación de una norma de conducta impuesta por una ley o un reglamento o el incumplimiento del deber general de prudencia o diligencia.

No existe culpa cuando el autor se encuentra en una de las situaciones previstas en los artículos 122.4 a 122.7 del Código penal⁵⁵.

⁵³ Han tenido lugar discusiones para determinar si conviene escribir «de su propio daño», lo que tendría por efecto condenar la oponibilidad de la culpa de la víctima inicial a las víctimas indirectas (solución admitida por el Tribunal de Casación que se ha pronunciado sobre este punto en Asamblea plenaria de 1981). La redacción escogida presenta la ventaja de dejar abierta la posibilidad de una evolución.

⁵⁴ Esta solución no es admitida actualmente en Derecho positivo. Es una manifestación favorable respecto de las víctimas de daños corporales.

⁵⁵ Definiendo los hechos justificativos.

Artículo 1353. La culpa de la persona jurídica se entiende no solamente la que es cometida por un representante, sino también la que resulta de un defecto de organización o de funcionamiento ⁵⁶.

§ 2. El hecho de las cosas ⁵⁷

Este párrafo se dirige a establecer las soluciones jurisprudenciales admitidas actualmente.

Artículo 1354. Se responde de pleno derecho ⁵⁸ de los daños causados por el hecho de las cosas que uno tiene bajo su guardia.

Artículo 1354.1. El hecho de la cosa es establecido desde el momento en que ésta, en movimiento, ha entrado en contacto con la sede del daño.

En los otros casos, corresponde a la víctima probar el hecho de la cosa, estableciendo ya el vicio de ésta, ya la anormalidad de su posición o de su estado.

Artículo 1354.2. El guardián es el que tiene el dominio de la cosa en el momento del hecho dañoso.

El propietario se presume guardián.

Artículo 1354.3. Ni el vicio de la cosa, ni el trastorno físico del guardián constituyen una causa de exoneración.

Artículo 1354.4. Los artículos 1354 a 1354.3 son aplicables a los daños causados por los animales.

§ 2. El hecho de otro

La lista de casos de responsabilidad por otro es modificada profundamente en relación con el Derecho actual. Los regímenes especiales de responsabilidad del artesano por el hecho de sus

⁵⁶ La noción de «defecto de organización o de funcionamiento», corrientemente admitida por las jurisdicciones administrativas, parece útilmente transportable al derecho privado.

⁵⁷ Una discusión ha tenido lugar en el seno del grupo sobre la utilidad y la oportunidad del mantenimiento del régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas tal como ha sido construida por la jurisprudencia sobre el fundamento del artículo 1384, párrafo 1.º del Código civil.

Esta construcción ha perdido una parte de su interés desde la promulgación de la Ley de 5 de julio de 1985 sobre la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación.

Además, ningún otro país conoce un régimen semejante y parece, en comparación con los Derechos extranjeros, de una gran severidad. Algunos se preguntan si no sería deseable reemplazarlo por un principio de responsabilidad de pleno derecho por el hecho de las actividades peligrosas, como el que admite la jurisprudencia administrativa. Esta solución aproximaría el Derecho francés al de la mayor parte de los Derechos europeos.

Finalmente, la mayoría se pronuncia por el mantenimiento y la consagración legislativa de la doctrina jurisprudencial.

⁵⁸ Esta precisión es establecida para indicar claramente que no existe exoneración posible por ausencia de culpa.

aprendices y del institutor por el hecho de sus alumnos son suprimidos.

Los casos considerados se conectan a dos modelos diferentes. Ciertamente están fundados sobre el control del modo de vida de los menores y los mayores cuyo estado o situación necesita una vigilancia particular. Otros contemplan las personas que controlan la actividad de otro y se benefician de ésta. En el segundo modelo son contempladas no solamente la responsabilidad del comitente por el hecho de su encargado, sino también la de las personas físicas o jurídicas que encuadran la actividad de los profesionales no encargados y están interesadas en esta actividad.

Estas responsabilidades son estrictas. No están subordinadas a la prueba de la culpa del responsable, sino a la de un hecho que habría sido susceptible de comprometer la responsabilidad personal del autor directo si no había actuado bajo el control de otro.

La responsabilidad personal del encargado puede ser comprometida a condición de que la víctima no pueda obtener reparación ni del comitente ni de su asegurador. En cambio, la de los profesionales no encargados del que responde otro permanece sometida al Derecho común.

Artículo 1355⁵⁹. Se es responsable de pleno derecho de los daños causados por aquellos de los que se regula el modo de vida o del que organiza, encuadra o controla la actividad en su propio interés⁶⁰.

Esta responsabilidad tiene lugar en los casos y en las condiciones previstas en los artículos 1356 a 1360. Supone la prueba de un hecho susceptible de comprometer la responsabilidad del autor directo del daño.

Artículo 1356. Son responsables de los daños causados por un menor:

- sus padres en tanto que ejerzan la patria potestad;
- el tutor en caso de fallecimiento de éstos;
- la persona física o jurídica encargada por decisión judicial o administrativa o por convención de regular el modo de vida del menor. Esta responsabilidad puede acumularse con la de los padres o del tutor⁶¹.

⁵⁹ Este artículo es un texto que anuncia diferentes casos de responsabilidad por el hecho de otro.

⁶⁰ Una duda se ha manifestado respecto a la elección entre «beneficio», «ventaja» e «interés». Este último término ha sido preferido porque es más neutral que los otros y susceptible de englobar el caso de la ayuda benévola.

⁶¹ Esta posibilidad de acumulación es excluida actualmente por el Tribunal de Casación. Ha sido objeto de discusiones en el seno del grupo de trabajo.

Artículo 1357. Es responsable de los daños causados por un mayor cuyo estado o situación⁶² necesita una vigilancia particular la persona física o jurídica encargada, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular su modo de vida.

Artículo 1358. Las otras personas que asumen, a título profesional, una misión de vigilancia de otro, responden del hecho del autor directo del daño, a no ser que demuestren que no han cometido culpa⁶³.

Artículo 1359. El comitente es responsable de los daños causados por su encargado. Es comitente el que tiene el poder de dar ordenes o instrucciones en relación con el cumplimiento de las funciones de encargado⁶⁴.

El comitente no es responsable si prueba que el encargado ha actuado fuera de las funciones para las que fue empleado, sin autorización y a fines ajenos a sus atribuciones⁶⁵. No lo es en lo sucesivo si establece que la víctima no podía legítimamente creer que el encargado actuaba por cuenta del comitente⁶⁶.

Artículo 1359.1. El encargado que, sin cometer una culpa intencional, ha actuado en el marco de sus funciones, con fines conformes a sus atribuciones y sin desobedecer las ordenes de su comitente, puede ver su responsabilidad personal comprometida por la víctima a condición para ésta de probar que no ha podido obtener del comitente ni de su asegurador reparación de su daño⁶⁷.

Artículo 1360⁶⁸. En ausencia de una relación de preposición, el que encuadra u organiza la actividad profesional de otra persona

⁶² El estado designa una deficiencia física o mental, mientras que la situación contempla, por ejemplo, el caso del encarcelamiento o del control ejercido por una autoridad judicial o una persona delegada por ésta.

⁶³ Este texto contempla, por ejemplo, la asistencia maternal, el centro de ocio o la escuela en la que un menor ha sido confiado temporalmente por sus padres.

⁶⁴ Esta definición es más estricta que la que es admitida hoy en día por la jurisprudencia. Esto se explica por la existencia de otros casos de «control de la actividad de otro» (ver artículo 1360).

⁶⁵ Esta fórmula es la que ha utilizado la Asamblea plenaria en su sentencia de 19 de mayo de 1988.

⁶⁶ Este texto recoge una jurisprudencia consolidada. Procede de la idea de que si la víctima es de mala fe, el comitente debe ser exonerado incluso si no ha acumulado las tres condiciones que, en la primera fase, son constitutivas del abuso de funciones que exoneran al comitente.

⁶⁷ Esta disposición propone modificar la solución adoptada por la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación en su sentencia *Costedoat* de 25 de febrero de 2000. En lugar de eliminar la responsabilidad personal del encargado, la hace subsidiaria en relación con la del comitente.

⁶⁸ Las hipótesis contempladas por los dos párrafos de este artículo no son exactamente las mismas:

El párrafo 1.º designa a los «asalariados libres», es decir, a los que no reciben «ordenes ni instrucciones» (por ejemplo, el médico asalariado).

El párrafo 2.º contempla esencialmente las relaciones franquiciadores-franquiciados, sociedades matrices-filiales (de aquí la precisión «aunque actúen por su propia cuenta»).

y obtiene una ventaja económica es responsable de los daños causados por ésta en el ejercicio de esta actividad. Así es especialmente en los establecimientos de cuidados por los daños causados por los médicos que emplean. Corresponde al demandante establecer que el hecho dañoso resulta de la actividad considerada.

Igualmente, es responsable el que controla la actividad económica o patrimonial de un profesional en situación de dependencia, aunque actúe por su propia cuenta, cuando la víctima establece que el hecho dañoso está en relación con el ejercicio del control. Así es especialmente en las sociedades matrices por los daños causados por sus filiales o concedentes por los daños causados por sus concesionarios.

§ 4. Las perturbaciones de vecindad

El régimen construido por la jurisprudencia es mantenido. En cambio, su ámbito es modificado, pues ha parecido que la responsabilidad del empresario por los daños causados a los vecinos del dueño de la obra manifiesta otra lógica.

Artículo 1361. El propietario, el detentador o el explotador de un fundo, que provoca una perturbación que excede los inconvenientes normales de la vecindad, es responsable de pleno derecho de las consecuencias de esta perturbación.

§ 5. Las actividades peligrosas ⁶⁹

Esta disposición es innovadora. Está destinada a dotar al Derecho francés de un régimen de responsabilidad adaptado principalmente a las catástrofes industriales de gran amplitud.

Artículo 1362. Sin perjuicio de disposiciones especiales ⁷⁰, el explotador de una actividad anormalmente peligrosa, incluso lícita, está obligado a reparar el daño consecutivo a esta actividad.

⁶⁹ Se ha visto (supra nota 15) que una discusión ha tenido lugar en el seno del grupo sobre la oportunidad de mantener la responsabilidad por el hecho de las cosas o de adoptar un modelo del tipo «responsabilidad por el hecho de las actividades peligrosas» conocido por muchos Derechos extranjeros. Para algunos, el hecho de haber optado a favor del mantenimiento de la responsabilidad por el hecho de las cosas sólo dejará utilidad a la admisión de una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de actividades peligrosas si este régimen es caracterizado por una limitación más estricta de las causas de exoneración (que prevé el párrafo 2). Para otros, las disposiciones de los artículos 1354 a 1354.4, de una parte, y 1362, de otra parte, no se aplicarían a las mismas situaciones: ver, a este respecto, el informe introductorio, 5.º.

⁷⁰ Se trata de los textos que instituyen una responsabilidad de pleno derecho a cargo de ciertos explotadores, principalmente las compañías aéreas por los daños causados al suelo por los aparatos, las explotaciones de teleféricos por los daños causados a los terceros, las explotaciones de reactores nucleares por los accidentes acaecidos en el lugar, etcétera.

Se considera anormalmente peligrosa la actividad que crea un riesgo de daños graves pudiendo afectar a un gran número de personas simultáneamente⁷¹.

El explotador sólo puede exonerarse estableciendo la existencia de una culpa de la víctima en las condiciones previstas en los artículos 1349 a 1351.1.

SECCIÓN 3. DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El hecho generador de la responsabilidad contractual es la inexecución que se aprecia en función del alcance del compromiso. Un reenvío al artículo 1149 que define las obligaciones de medios y de resultado ha parecido necesario. Sin embargo, otra redacción de este texto es propuesta a fin de evitar toda redundancia⁷².

El papel de la mora es, además, precisado.

Tras la discusión, el rechazo de la reparación del daño contractual imprevisible ha sido establecido.

Artículo 1363. El acreedor de una obligación surgida de un contrato válidamente formado puede, en caso de inexecución⁷³, demandar al deudor la reparación de su perjuicio sobre el fundamento de las disposiciones de la presente sección.

Artículo 1364. En el caso en que el deudor se obliga a procurar un resultado en el sentido del artículo 1149, la inexecución es establecida por el solo hecho de que el resultado no es alcanzado, a no ser que el deudor justifique una causa extraña en el sentido del artículo 1349.

En todos los otros casos, debe reparación si no ha efectuado todas las diligencias necesarias.

Artículo 1365. La reparación del perjuicio que resulta del retraso supone la mora previa del deudor. La mora es requerida

⁷¹ La hipótesis contemplada es la de los daños masivos, por ejemplo los que resultan de un accidente industrial como el que destruyó la fábrica AZF en Toulouse.

⁷² Esta redacción es la siguiente:

«La obligación es de resultado cuando el deudor se obliga a alcanzar el fin definido por el contrato.

La obligación es de medios cuando el deudor se obliga solamente a suministrar los cuidados y diligencias normalmente necesarias para la realización de este fin. Esta obligación es más o menos amplia relativamente a ciertos contratos cuyos efectos a este respecto son explicados en los títulos que los conciernen (esta última frase es tomada del artículo 1137 actual del Código civil).

⁷³ La inexecución es entendida aquí en un sentido general que engloba la ejecución defectuosa o tardía.

para la reparación de cualquier otro perjuicio cuando es necesaria para caracterizar la inejecución⁷⁴.

Artículo 1366. Salvo dolo o culpa grave de su parte, el deudor sólo está obligado a reparar las consecuencias de la inejecución razonablemente previsibles en el momento de la formación del contrato.

CAPÍTULO III: DE LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN 1. PRINCIPIOS

Artículo 1367. El crédito de reparación nace en el día de la realización del daño o, en caso de daño futuro, en el día en que su certidumbre es adquirida.

Esta disposición está destinada a clarificar el Derecho positivo que sobre este punto es ambiguo.

Artículo 1368. La reparación puede, a elección del juez, adoptar la forma de una reparación en especie o de una condena por daños y perjuicios, pudiendo estos dos tipos de medidas acumularse a fin de asegurar la reparación íntegra del perjuicio.

La noción de «reparación en especie» es establecida, comprendiendo la materia contractual.

§ 1. La reparación en especie

Este párrafo reglamenta las medidas de reparación en especie stricto sensu. Las que son previstas por los actuales artículos 1143 y 1144 relativos a la ejecución y no proceden del título «De la responsabilidad».

Artículo 1369. Cuando el juez ordena una medida de reparación en especie, ésta debe ser específicamente apta para suprimir, reducir o compensar el daño.

Artículo 1369.1. Cuando el daño es susceptible de agravarse, de renovarse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, a solicitud de la víctima, cualquier medida propia para evitar estas consecuencias, comprendiendo en caso de necesidad la cesación de la actividad dañina.

⁷⁴ La reglamentación de la mora es reenviada al grupo que trabaja sobre la ejecución del contrato.

El juez puede igualmente autorizar a la víctima a tomar ella misma estas medidas siendo los gastos del responsable. Este puede ser condenado a pagar por adelantado las sumas necesarias.

§ 2. La indemnización de daños y perjuicios

Los principios innovadores previstos se refieren a los daños y perjuicios punitivos que son autorizados con ciertas condiciones (art. 1371), la posibilidad de reducir la indemnización cuando la víctima no ha probado una diligencia suficiente para reducir el daño o evitar la agravación (art. 1373) así como la obligación para el juez de evaluar distintamente cada uno de los aspectos del perjuicio alegados (art. 1374) y la posibilidad que le es reconocida, en circunstancias particulares, de afectar los daños y perjuicios a una medida de reparación específica (art. 1377).

Artículo 1370. Con la reserva de disposición o de convención contrarias, la asignación de daños y perjuicios debe tener por objeto situar a la víctima en la medida en que sea posible en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar. No debe resultar para ella ni pérdida ni beneficio⁷⁵.

Artículo 1371. El autor de una culpa manifiestamente deliberada, y principalmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de a la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios, a la indemnización de los daños punitivos, de los cuales el juez tiene la facultad de hacer beneficiar en una parte al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tal indemnización de daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su montante se distingue del de los otros daños y perjuicios acordados a la víctima. Los daños punitivos no son asegurables.

Artículo 1372. El juez evalúa el perjuicio en el día en que emite su decisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias que han podido afectarle en su consistencia como en su valor, así como su evolución razonablemente previsible.

Artículo 1373. Cuando la víctima tenía la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar la agravación, se tendrá en cuenta su abstención mediante una reducción de su indemnización, salvo

⁷⁵ La reserva de las disposiciones o convenciones contrarias permite hacer este texto compatible con los de la cláusula de indemnización a tanto alzado (art. 1383) así como con las disposiciones legales o reglamentarias que limitan la reparación de determinados daños. Además, debería asegurar la compatibilidad con el artículo siguiente referente a los daños punitivos.

cuando las medidas sean susceptibles de determinar un ataque a su integridad física.

Artículo 1374. El juez debe evaluar de manera distinta cada uno de los aspectos del perjuicio alegados que tome en cuenta. En caso de rechazo de una demanda relativa a un aspecto del perjuicio, el juez debe motivar especialmente su decisión.

Artículo 1375. Si la víctima establece que un aspecto del perjuicio no ha constituido objeto todavía de una demanda de su parte o que su daño se ha agravado, puede obtener en todo momento una reparación complementaria, llegado el caso, por la introducción de una acción nueva.

Artículo 1376. La indemnización puede ser concedida a elección del juez en forma de un capital o de una renta, con reserva de las disposiciones del artículo 1379.3.

Artículo 1377. Salvo circunstancias particulares que justifiquen la afectación por el juez de los daños y perjuicios a una medida de reparación específica ⁷⁶, la víctima tiene libertad para disponer como lo considere oportuno de las sumas que le son concedidas.

§ 3. Incidencia de la pluralidad de responsables

Las soluciones adoptadas están muy próximas a las que admite hoy en día la jurisprudencia.

Artículo 1378. Todos los responsables de un mismo daño están obligados solidariamente ⁷⁷ a la reparación.

Si todos los coautores han visto establecida su responsabilidad por culpa probada, su contribución se hace en proporción a la gravedad de sus culpas respectivas.

Si alguno de los coautores no se encuentra en este caso, contribuyen todos por partes iguales.

De otro modo, la contribución es, en función de la gravedad de las culpas respectivas, a cargo de los únicos coautores, cuya culpa es probada, lo haya sido por la víctima o lo sea solamente con ocasión de un recurso ⁷⁸.

⁷⁶ El texto no define estas «circunstancias particulares». Uno de los casos en que la afectación de los daños y perjuicios es más a menudo preconizada es el de los atentados al medio ambiente.

⁷⁷ Ha parecido inútil mantener la distinción entre obligación *in solidum* y solidaridad.

⁷⁸ Sobre este último punto, la solución propuesta es diferente a la que establece la jurisprudencia actual.

Artículo 1378.1⁷⁹. Es inadmisibile el recurso de contribución contra un pariente de la víctima cuando no está asegurado y que el recurso tenga por efecto privar directamente o indirectamente a ésta, en razón de la comunidad de vida que mantiene con el demandado en el recurso, de la reparación a la que tiene derecho.

Igualmente es inadmisibile el recurso de un deudor de indemnización ejercitada contra la sucesión de la víctima directa o contra el asegurador de ésta.

SECCIÓN 2. NORMAS PARTICULARES SOBRE LA REPARACIÓN DE CIERTAS CATEGORÍAS DE DAÑOS

§ 1. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un daño a la integridad física

Las disposiciones que siguen tienen por objeto dar un verdadero marco jurídico a la indemnización del daño corporal que hoy en día es casi abandonada al poder soberano de los jueces del fondo. Se dirigen a restaurar en este ámbito a la vez la seguridad jurídica, la igualdad entre los justiciables y la eficacia de la reparación.

Artículo 1379. En caso de daño a su integridad física, la víctima tiene derecho a la reparación de sus perjuicios económicos y profesionales correspondiendo principalmente a los gastos expuestos y a los gastos futuros, a las pérdidas de rentas y a las ganancias pérdidas, así como a la reparación de sus perjuicios no económicos y personales tales como el perjuicio funcional⁸⁰, los sufrimientos padecidos, el perjuicio estético, el perjuicio específico de belleza, el perjuicio sexual y el perjuicio de establecimiento.

Las víctimas indirectas tienen derecho a la reparación de sus perjuicios económicos consistentes en gastos diversos y pérdidas de ingresos así como de sus perjuicios personales de afección y de acompañamiento.

El juez debe distinguir en su decisión cada uno de los perjuicios económicos o personales que indemniza⁸¹.

⁷⁹ Este texto extiende las soluciones que han sido admitidas por la jurisprudencia en materia de accidentes de circulación.

⁸⁰ Se podría designar este perjuicio con otras expresiones como «perjuicio psicológico» o «déficit funcional».

⁸¹ Esta enumeración de los aspectos del perjuicio es útil, no solamente para obligar a los jueces del fondo a motivar suficientemente sus decisiones sobre la reparación, sino también para permitir la imputación del recurso de los terceros pagadores partida por partida, tal como lo prevé el artículo 1379.6.

Artículo 1379.1. La amplitud del perjuicio funcional es determinada según el baremo de invalidez establecido por decreto.

Artículo 1379.2. El daño corporal debe ser apreciado sin que se deban tener en cuenta eventuales predisposiciones de la víctima desde el momento que éstas no hayan tenido ya consecuencias perjudiciales en el momento en que se produce el hecho dañoso⁸².

Artículo 1379.3. La indemnización debida por título de ganancia profesional frustrada, de pérdida de sustento material o de asistencia de una tercera persona se hace, salvo decisión contraria especialmente motivada, en forma de renta indiciaria. El juez tiene libertad para elegir el índice⁸³.

El juez puede en adelante prever que la renta será revisada en caso de disminución o de agravación del daño, a condición de precisar explícitamente la periodicidad y las condiciones de la revisión.

Artículo 1379.4. Los terceros pagadores que han pagado a la víctima de un perjuicio que resulta de un ataque a su integridad física las prestaciones enumeradas limitativamente a continuación disponen de un recurso subrogatorio contra la persona obligada a la reparación o a su asegurador por imputación sobre los derechos de la víctima.

Artículo 1379.5⁸⁴. Dan derecho a recurso las prestaciones siguientes, cuando tienen un vínculo directo con el hecho dañoso:

1. Las prestaciones pagadas por los organismos, establecimientos y servicios que administran un régimen obligatorio de seguridad social y por los que están mencionados en los artículos 1106.9, 1234.8 y 1234.20 del Código agrario.

2. Las prestaciones enumeradas en el II del artículo 1.º de la ordenanza núm. 59-76 de 7 de enero de 1959 relativa a las acciones de reparación civil del Estado y de otras personas públicas.

3. Las sumas pagadas para reembolsar los gastos de tratamiento médico y de reeducación.

⁸² Esta cuestión de la influencia de las predisposiciones de la víctima ha dado lugar a una jurisprudencia muy compleja. La fórmula propuesta expresa la posición que aparece adoptada hoy en día por la mayor parte de las sentencias.

⁸³ Esta disposición debería entrañar la derogación del artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1974 relativa a la revalorización de las rentas indemnizatorias en materia de accidentes de circulación.

⁸⁴ Los artículos 1379.5 y 1379.6 reproducen al artículo 29 de la Ley de 5 de julio de 1985 y al artículo 131.2 del Código de seguros. Podrían ser reemplazados por un simple reenvío a estos textos (ver, a este respecto, el informe introductorio, I, 2.º), pero el grupo ha preferido reproducir éstos por razones de comodidad práctica y a fin de establecer la solución dada por la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación el 1 de diciembre de 2003 con respecto a las prestaciones indemnizatorias pagadas por los aseguradores de personas.

4. Los salarios y los accesorios del salario mantenidos por el empleador durante el período de inactividad consecutivo al suceso que ha ocasionado el daño;

5. Las indemnizaciones diarias por enfermedad y las prestaciones de invalidez pagadas por los grupos mutualistas regidos por el código de la mutualidad, las instituciones de previsión regidas por el código de la seguridad social o el código agrario y las sociedades de seguros regidas por el código de seguros.

Artículo 1379.6. Cuando se ha previsto en el contrato, el recurso subrogatorio del asegurador que ha pagado a la víctima un adelanto sobre la indemnización por el hecho del accidente puede ser ejercitado contra la persona obligada a la reparación en el límite del saldo disponible después del pago de los terceros contemplados en el artículo precedente. Debe ser ejercido, si hay lugar, en los plazos concedidos por la ley a los terceros pagadores para producir sus créditos.

En los contratos de seguro que garantizan la indemnización de los perjuicios que resultan de un ataque a la persona, el asegurador puede ser subrogado en los derechos del contratante o de los causahabientes contra el tercero responsable para el reembolso de las prestaciones indemnizatorias previstas en el contrato. Las prestaciones se consideran que tienen un carácter indemnizatorio, cuando, incluso calculadas en función de elementos predeterminados, se miden por el perjuicio sufrido y dependen de ello en sus modalidades de cálculo y atribución.

Artículo 1379.7⁸⁵. Los recursos subrogatorios de los terceros pagadores se ejercen operación por operación en el límite de la parte de indemnización puesta a cargo del responsable reparando los perjuicios que han contribuido a indemnizar por sus prestaciones. Estos recursos se ejercen en las mismas condiciones si el juez sólo ha reparado la pérdida de una oportunidad.

Artículo 1379.8. Fuera de las prestaciones mencionadas en el artículo 1379.5, ningún pago efectuado en beneficio de la víctima en virtud de una obligación legal, convencional o estatutaria, da derecho a una acción contra la persona obligada a la reparación o a su asegurador⁸⁶.

Toda disposición contraria a las prescripciones de los artículos 1379 a 1379.8 se considera no escrita a no ser que sea más favorable para la víctima.

⁸⁵ La adopción de esta disposición entrañaría la derogación del artículo 31 de la Ley de 5 de julio de 1985 y la modificación de los artículos 736.1, párrafo 3 y 454.1, párrafo 3 del Código de la Seguridad Social.

⁸⁶ Esta disposición recoge el artículo 33 de la Ley de 5 de julio de 1985.

§ 2. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan de un daño a los bienes

Estas normas reproducen las soluciones admitidas por la jurisprudencia y generalmente aprobadas por la doctrina.

Artículo 1380. En caso de destrucción o deterioro de un bien, la víctima tiene derecho, sin deducción en el título de la antigüedad, a una indemnización permitiéndole el reemplazamiento o la entrega en condiciones adecuadas del bien. No se tiene en cuenta la plusvalía eventualmente inherente a la reparación.

Sin embargo, si el coste de la reparación es más elevado que el del reemplazamiento, la víctima sólo puede exigir este último.

Artículo 1380.1. Cuando el bien no puede ser ni reparado ni reemplazado, la víctima tiene derecho al valor de éste en su estado anterior al daño, estimado en el día de la decisión. El responsable puede exigir que el bien le sea entregado en su estado actual. Sucede lo mismo cuando éste, destinado a la venta, no está ya en situación de ser vendido.

Artículo 1380.2. Si, no obstante las reparaciones, el bien ha perdido una parte de su valor, la víctima tiene derecho a una indemnización por depreciación.

Además, tiene derecho a la indemnización de los daños consecutivos a la privación del goce y, llegado el caso, de las pérdidas de explotación.

§ 3. Normas particulares sobre la reparación de los perjuicios que resultan del retraso en el pago de una suma de dinero

Estas normas son las que enuncia el actual artículo 1153. En cambio, las que figuran en el artículo 1153.1 no tienen su lugar en el Código civil, sino en el Código de procedimiento civil.

Artículo 1381⁸⁷. La indemnización del perjuicio resultante del retraso en el pago de una suma de dinero consiste en una condena a los intereses al tipo legal.

Estos daños y perjuicios se deben sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida. Sólo son debidos en el día de la mora⁸⁸, excepto en el caso en que la ley los hace correr de pleno derecho.

⁸⁷ Este texto recoge casi íntegramente el artículo 1153 actual. Simplemente, en el último párrafo «independiente del retraso» ha sido reemplazado por «suplementario» y la reserva, bastante misteriosa, de «las normas particulares en el comercio y en la fianza» ha sido suprimida.

⁸⁸ La definición de la mora (intimación para pagar...) no se recoge. Deberá ser elaborada por el grupo encargado de la ejecución.

El acreedor al que su deudor con retraso ha causado un perjuicio suplementario, puede obtener indemnización de daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito.

SECCIÓN 3. LAS CONVENCIONES RELATIVAS A LA REPARACIÓN

§ 1. Convenciones que excluyen o limitan la reparación

Se propone autorizar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en materia extracontractual desde el momento en que la responsabilidad no está fundada en la culpa. En cambio, las diferentes limitaciones que la jurisprudencia ha introducido o que la doctrina ha propuesto para limitar la validez o la eficacia de estas cláusulas en materia contractual son establecidas.

Disposiciones especiales han sido previstas a fin de imponer la aceptación de la cláusula por la persona que debe sufrir las consecuencias.

Artículo 1382. Las convenciones que tienen por objeto excluir o limitar la reparación son en principio válidas, tanto en materia contractual como extracontractual⁸⁹.

Artículo 1382.1. Nadie puede excluir o limitar la reparación de un daño corporal del que es responsable⁹⁰.

Artículo 1382.2. Un contratante no puede excluir o limitar la reparación del daño causado a su cocontratante por una culpa dolosa o grave o por el incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales⁹¹.

En ausencia de contrapartida real, seria y claramente estipulada, un profesional no puede excluir o limitar su obligación de reparar el daño contractual causado a un no profesional o consumidor⁹².

Artículo 1382.3. En materia contractual, la parte a la que es opuesta una cláusula que excluya o limite la reparación debe haber podido tener conocimiento de ella antes de la formación del contrato.

⁸⁹ El reconocimiento de la validez de las convenciones que restringen una responsabilidad de naturaleza delictual es una innovación importante en relación con el Derecho actual. Se refiere principalmente a las relaciones entre vecinos o entre personas que ejercen una actividad en común sin haber concluido un contrato de sociedad o de asociación. Esta validez es admitida por numerosos Derechos extranjeros.

⁹⁰ Esta solución no ha sido afirmada hasta el momento explícitamente por la jurisprudencia, aunque sea preconizada casi unánimemente por la doctrina.

⁹¹ Estas soluciones son afirmadas hoy en día por la jurisprudencia.

⁹² Esta solución puede parecer nueva. En realidad, está totalmente en la línea de las posiciones adoptadas por la Comisión de cláusulas abusivas.

Artículo 1382.4. En materia extracontractual, uno no puede excluir o limitar la reparación del daño que se ha causado por su culpa⁹³.

En los otros casos, la convención sólo produce efecto si el que la invoca prueba que la víctima la había aceptado de manera no equívoca.

§ 2. Convenciones de reparación a tanto alzado y cláusulas penales

Ha parecido inútil conservar la distinción entre cláusula penal y cláusula de indemnización a tanto alzado así como las disposiciones de los actuales artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233, que no son casi nunca aplicadas y cuyo significado es controvertido. En cambio, los dos sistemas de revisión judicial reglamentados actualmente por los artículos 1152 y 1231 son mantenidos, con la excepción de la facultad de revisión al alza de una penalidad manifiestamente irrisoria que no parece apenas utilizada.

Artículo 1383. Cuando las partes han fijado por adelantado la reparación debida, el juez puede, incluso de oficio, moderar la sanción convenida si es manifiestamente excesiva.

El juez dispone del mismo poder respecto de las cláusulas cuyo objeto consiste en constreñir al deudor contractual a la ejecución.

Cuando el compromiso ha sido ejecutado en parte, la sanción convenida puede, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del párrafo precedente.

Toda estipulación en contra se considera no escrita.

SECCIÓN 4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La disposición que figura hoy en día en el artículo 2270.1 es recogida con la excepción de la palabra «extracontractual». Se propone someter a la misma prescripción la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad extracontractual.

Artículo 1384. Las acciones de responsabilidad civil prescriben a los diez años a contar de la manifestación del daño o de su agravamiento, sin consideración, en caso de daño corporal, a la fecha de la consolidación⁹⁴.

⁹³ Esta disposición limita seriamente el alcance del principio establecido por el artículo 1382.

⁹⁴ Esta precisión no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Casación que ha introducido, contrariamente al texto, esta referencia a la fecha de consolidación.

CAPÍTULO IV. DE LOS PRINCIPALES REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD O DE INDEMNIZACIÓN

SECCIÓN 1. LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Las disposiciones que siguen son muy próximas a los artículos 1 a 6 de la Ley de 5 de julio de 1985. Sin embargo, se separan de ella en tres puntos:

El conductor es asimilado a las otras víctimas;

Los accidentes de ferrocarril y de tranvía son asimilados a los otros accidentes en los que un vehículo terrestre con motor está implicado;

La disposición referente especialmente a los menores, las personas mayores y las personas impedidas es suprimida, de tal manera que todas las víctimas pueden ver que se les opone su culpa inexcusable si ha sido la causa exclusiva del accidente.

Artículo 1385. Las víctimas de un accidente de circulación en el que está implicado un vehículo terrestre con motor así como sus remolques o semirremolques son indemnizadas de los daños imputables a este accidente por el conductor o el guardián del vehículo implicado, incluso cuando son transportadas en virtud de un contrato.

No constituye un accidente de circulación el que resulta de la utilización de un vehículo inmóvil y en una función extraña al desplazamiento.

En caso de accidente complejo, cada vehículo que ha intervenido por el título que sea en el acaecimiento del accidente está implicado en él.

Incluso cuando un único vehículo está implicado en un accidente, cualquier víctima puede demandar reparación a uno de los deudores de la indemnización, incluido el guardián del conductor o el conductor del guardián⁹⁵.

Artículo 1385.1. No se puede oponer a las víctimas el caso fortuito o el hecho de un tercero incluso cuando presenten los caracteres de la fuerza mayor.

Artículo 1385.2. Las víctimas son indemnizadas de los perjuicios que resultan de los ataques a su persona, sin que pueda serles opuesta su propia culpa con la excepción de su culpa inexcusable si ha sido la causa exclusiva del accidente.

Sin embargo, en el caso contemplado en el párrafo precedente, las víctimas no son indemnizadas por el autor del accidente de los

⁹⁵ Estos tres últimos párrafos explicitan soluciones que la jurisprudencia ha establecido desde 1985.

perjuicios que resultan de los ataques a su persona cuando han buscado voluntariamente el daño que han sufrido.

Artículo 1385.3. La culpa cometida por la víctima tiene por efecto limitar o excluir la indemnización de los perjuicios que resultan de un ataque a sus bienes; la exclusión de la indemnización debe estar especialmente motivada con referencia a la gravedad de la culpa.

Los suministros y aparatos entregados en virtud de prescripción médica dan lugar a indemnización según las normas aplicables a la reparación de los ataques a la persona.

Cuando el conductor de un vehículo terrestre con motor no es el propietario, la culpa de este conductor puede ser opuesta al propietario para la indemnización de los daños causados a su vehículo. El propietario dispone de un recurso contra el conductor.

Artículo 1385.4. Los perjuicios de la víctima indirecta son reparados teniendo en cuenta las limitaciones o exclusiones oponibles a la víctima directa.

La culpa de la víctima indirecta le es oponible en las condiciones previstas en los artículos 1385.2 y 1385.3⁹⁶.

Artículo 1385.5. Los deudores de indemnización están obligados solidariamente frente a la víctima.

Cuando terceros son responsables de un accidente de circulación sobre el fundamento del Derecho común, están obligados igualmente de manera solidaria.

El conductor o el guardián de un vehículo terrestre con motor implicado en un accidente de circulación dispone de un recurso subrogatorio contra otros conductores o guardianes de vehículos implicados o contra terceros responsables del accidente en virtud del Derecho común. De igual manera, el responsable de un accidente de circulación sobre el fundamento del Derecho común puede ejercer un recurso subrogatorio contra los conductores o guardianes de vehículos implicados en el accidente.

La contribución a la deuda indemnizatoria se regula según las disposiciones de los artículos 1378 y 1378.1.

SECCIÓN 2. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS

(Los artículos 1386.1 a 1386.18 actuales del Código civil devienen 1386 a 1386.17, los términos «del presente título», que figuran en varios de estos artículos, deben ser reemplazados por «de la presente sección»).

⁹⁶ Este texto confirma y extiende la jurisprudencia que admite la oponibilidad de la culpa de la víctima indirecta conductora.

LIBRO TERCERO

TÍTULO XX. DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA POSESIÓN (ARTS. 2234 A 2281)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PHILIPPE MALAURIE

Más que cualquier otra institución, la prescripción mide las relaciones del hombre con el tiempo y con el Derecho: domina todas las normas y todos los derechos. No solamente el Derecho de obligaciones, que constituye su ámbito de elección, sino también todas las otras ramas del Derecho, el conjunto del Derecho privado, del Derecho público, del Derecho penal y del proceso. Las disposiciones del Código civil relativas a la prescripción se aplican a todos los otros Códigos y a todas las leyes, salvo las excepciones precisadas en la presente propuesta. La prescripción tiene para todos los prácticos, todos los usuarios del Derecho y todos los actores de la actividad humana una importancia considerable.

1. Los defectos del Derecho francés de la prescripción civil. El régimen actual de la prescripción en materia civil presenta, según la opinión unánime, tres defectos esenciales, de igual gravedad⁹⁷.

En primer lugar, sus duraciones excesivas que tienen como consecuencia una paralización de la actividad humana: duración = debilidad. Nadie puede comprender que la prescripción de Derecho común tenga aun hoy en día una duración de treinta años (Código civil., art. 2262). Muchos otros plazos son también demasiado largos. La aceleración de la historia, ideología contemporánea a menudo exacta, apela por una abreviación de los plazos.

El segundo defecto, también generalmente destacado, es la multiplicidad de los plazos, yendo de tres meses (difamaciones e injurias por vía de prensa) a treinta años e incluso a la imprescriptibilidad, pasando por todas las clases de plazos intermedios (seis

⁹⁷ A. BENABENT, *Les chaos du droit de la prescription extinctive*, Ed. L. Boyer, Presse Universitaires, Toulouse, 1996, pp. 123 ss.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive*, R. D. C., 2004, pp. 801 ss.; V. LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP ed. N, 2004.1225; *Les désordres de la prescription*, ouv. Collectif de P. Courbe, P. U.F., Rouen, 2000.

meses, uno, dos, tres, cuatro, cinco, diez, veinte años): un verdadero caos, se dice, e incluso un cajón de sastre, fuente de ignorancia del Derecho, de desordenes y de interminables discusiones.

El tercer defecto, a menudo menos denunciado, reside en las imprecisiones y las propias incoherencias de su régimen: punto de partida, interrupción, suspensión, papeles respectivos de la ley, de la jurisprudencia y del contrato, oficio del juez, libertad contractual, incertidumbres que aparecen incluso en los conceptos. Al lado de la prescripción propiamente dicha, existen en efecto nebulosas prescripciones que están más o menos próximas: plazos prefijados, plazos de caducidad, plazos de garantía, sin hablar de los plazos de procedimiento. Estas incertidumbres constituyen una causa de procesos frecuentes.

La prescripción, que debería ser un elemento de pacificación de las relaciones humanas y de su dinamismo, ha devenido así en razón de su duración excesiva, de su multiplicidad y de sus incertidumbres, en una causa de estancamiento de la actividad y una fuente abundante de litigios.

En sus defectos contemporáneos, no se hace mención a un particularismo del Derecho francés de la prescripción, a la vez adquisitiva y extintiva, pues se puede considerar que este rasgo importante de la noción francesa de la prescripción presenta más ventajas que inconvenientes. En razón de su historia y de su estructura, el Derecho francés tiene una concepción unitaria que aparece en su definición y en su régimen.

2. Cuestiones previas: el método. Toda reforma plantea cuestiones preliminares de método y de política.

De método: no se hará aquí cuestión de las discusiones teóricas sobre la prescripción, por célebres que sean, cuando no están vinculadas a consecuencias prácticas; por ejemplo, para la prescripción extintiva, saber si extingue el derecho o solamente la acción judicial, cuestión que interesa solamente a los conflictos de leyes en el espacio; o bien, el lenguaje: ¿es preciso hablar de prescripción extintiva o liberatoria o negativa o bien de usucapión o de prescripción adquisitiva? En la propuesta actual, la lengua y la terminología del Código han sido conservadas como ahora, pues son satisfactorias. O bien todavía el lugar de la prescripción en el Código: es preciso desplazarla; por ejemplo, ponerla después del Título III del Libro III (*Du contrat et des obligations conventionnelles en general*) creando un Título III bis con los artículos 1364 y siguientes. Este desplazamiento ha sido juzgado pesado, inútil y contrario a la unidad de las prescripciones –adquisitivas y extintivas– que conviene conservar. Ha sido mantenido el lugar actual de

la prescripción, situada al final del Código, en el Título XX del Libro III, cuyo título es igualmente conservado (actuales arts. 2219 a 2281). Precisamente en las disposiciones preliminares del Capítulo V del Título III del Libro III del Código, enumerando las causas de extinción de las obligaciones, se anuncia el reenvío de la prescripción a un título particular del Libro III (art. 1234; disposición recogida por el grupo de trabajo, art. 1218).

3. Cuestiones previas: la política legislativa. Más difíciles son las cuestiones de política legislativa.

En primer lugar han sido deliberadamente descartados de la propuesta de reforma todos los plazos de prescripción enunciados por los tratados internacionales y el Derecho europeo, que, en razón de su superioridad sobre el Derecho interno, no pueden ser modificados por la ley francesa, lo que no deja de presentar inconvenientes; no en razón de su duración, jamás excesiva, sino de su diversidad (uno, dos o tres años) que no responde a una política racional y simplificadora, sino uno tras otro, casi sobre medida, con todos los inconvenientes que resultan de la multiplicidad de los plazos.

También ha sido juzgado útil excluir de la propuesta de reforma el Derecho penal, el proceso civil, las vías de ejecución, el Derecho de prensa, el Derecho cambiario, los procedimientos colectivos, la familia, las sucesiones y los regímenes matrimoniales, que tienen cada uno una prescripción cuyo particularismo es marcado, salvo que algún plazo no debiera sobrepasar la duración máxima de diez o treinta años según los casos, con la excepción de los casos de imprescriptibilidad que deberían ser mantenidos.

También han sido excluidos los plazos iguales o inferiores a seis meses durante los cuales un derecho debe ser ejercido o una acción introducida, con sanción de caducidad; por ejemplo, en el régimen de la copropiedad inmobiliaria, la oposición por un copropietario a una decisión de la asamblea general, que debe con sanción de caducidad ser introducida en un plazo de dos meses (L. 10 de julio de 1968, art. 42, p. 2). No se puede hablar propiamente de una prescripción.

4. Duración de la prescripción. El primer problema legislativo que plantea la prescripción es la determinación de su duración, admitido que conviene acortar al menos el de Derecho común y disminuir, en la medida que sea posible, el número de las prescripciones.

5. ¿Una reforma limitada? Ha parecido indispensable no limitarse a disminuir la duración de la prescripción de Derecho común que hoy en día todo el mundo considera excesiva. Sin embargo, esta posición mínima presentaría ventajas: en primer lugar, hacer fácil la reforma, como toda solución simple. Además, un consenso general

aceptaría fácilmente la modificación del actual artículo 2262 del Código civil, reduciendo el plazo a diez años; a pesar de la ventaja de la simplicidad y del consenso, esta solución no es, sin embargo, más que una pequeña reforma; la reforma del Derecho de la prescripción reclama una visión de conjunto mucho más drástica.

6. Tres años. La propuesta actual plantea una prescripción de Derecho común de una duración de tres años que está fuertemente inspirada en las nuevas normas que reforman al BGB (L. 26 de noviembre de 2001, entrada en vigor el 1.º de enero de 2002⁹⁸) y propuestas enunciadas por los *Principios de Derecho europeo de los contratos* (versión francesa traducida por G. Rouhette, Sté de legislation comparée, 2002; cfr. también: *Principes d'Unidroit*, citados por Bénédicte Fauvargue-Cosson, *op. cit.* p. 811), previendo un plazo único de tres años para la prescripción extintiva, que la disociaría de la prescripción adquisitiva, donde un plazo de tres años sería evidentemente inconcebible y para la cual sería preciso prever un plazo de diez años. Sin duda, este sistema es sorprendente a primera vista: pasar de 30 años a 3 años, ¿no sería ir de un extremo a otro?

Pero presenta numerosas ventajas: en primer lugar, traduciría el nuevo espíritu del Derecho civil de los países que forman parte de la Unión Europea y del Derecho comunitario contemporáneo (y del cual la reforma del Código civil se impone cada vez que es útil): no solamente una tendencia a una cierta unificación, sino sobre todo cada vez más unida a la rapidez de las operaciones contractuales, comprendiéndose que los medios de negocios alemanes (no, parece, todos los universitarios) estén vinculados a ello. Además, presenta los méritos de la simplificación, que haría fácil el conocimiento, lo que es particularmente precioso en una sociedad tan compleja como la nuestra.

En apariencia, el BGB, los *Principios europeos* y *Unidroit* conocen un único plazo. Esta simplificación comporta una parte de ilusiones; el propio Derecho alemán aporta numerosas excepciones (familia, sucesiones, reparación del perjuicio corporal en la responsabilidad delictual), sin contar con las que provienen de los Derechos internacional y europeo. Igualmente son, en parte, un señuelo, la brevedad y la exclusión del contencioso, en virtud principalmente del régimen particular que el Derecho alemán prevé sobre el punto de partida de la prescripción.

7. ¿Por qué tres prescripciones? Se ha llegado a proponer una pluralidad de plazos, a pesar de los inconvenientes que resultan de

⁹⁸ J. BAUERREIS, *Le nouveau droit de la prescription* (en el BGB), RIDC, 2002, p. 1023 y ss.; V. LASSERRE-KIESOW, *loc cit.*

ello, pluralismo reducido a tres: el Derecho común (tres años), otro plazo (diez años) para las prescripciones particulares y un plazo tope de diez o de treinta años, a contar del hecho generador de la obligación, para la totalidad de las prescripciones, sin excepción, incluso las que derivan del Derecho de familia, de las sucesiones, de los regímenes matrimoniales o del Derecho cambiario.

De todas maneras, una reforma de esta amplitud supondría un gran coraje político, pues levantaría un clamor de oposiciones. ¿Por qué, por ejemplo, dirán los seguros y la Seguridad Social, pasar de un plazo de dos años, que da satisfacción a todo el mundo, a tres años? A la inversa, los asalariados protestarían cuando la prescripción de las deudas periódicas, como el salario, pasase de cinco a tres años. Respuesta: es preciso absolutamente simplificar nuestro Derecho; para escapar a su fragmentación, es necesario cortar por lo sano.

8. Libertad contractual. El conjunto de estas normas debería ser suavizado por una ampliación de la libertad contractual, como lo hacen actualmente el Derecho alemán, los Principios de Derecho europeo de los contratos y puede ser el Anteproyecto de reforma francés. Nuestro Derecho establece actualmente una distinción entre las cláusulas relativas a la prescripción. Aquellas cuyo objeto es alargar el plazo son en principio nulas porque, al menos cuando la prescripción es larga, serían el equivalente de una renuncia que la ley prohíbe (art. 2220). Por el contrario, las cláusulas restrictivas son válidas si no privan de hecho al acreedor del derecho de actuar judicialmente.

El nuevo principio debería ser, sin distinciones, la libertad respecto de la prescripción, salvo topes en la abreviación y el alargamiento de los plazos.

9. Libertad contractual y orden público. Los dos topes que limitan la posibilidad de acortar o alargar por efecto del contrato la duración de la prescripción extintiva tendrían como consecuencia retirar sus efectos perversos a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Casación al prever que la enumeración legal de las causas de interrupción de la prescripción no es de orden público y que las partes pueden derogarla⁹⁹.

10. Interrupción del plazo de prescripción. La primera causa de interrupción de la prescripción prevista por el Derecho actual (Código civil, arts. 2244 a 2247) es la citación judicial. Desde finales del siglo XIX, la jurisprudencia ha interpretado de manera muy extensiva esta noción de citación judicial; el ensanchamiento pre-

⁹⁹ Cas. civ. 1, 25 de junio de 2002, *Bull. civ.* I, núm. 214; D. 2003.195. n. Crit. Ph. STOFFEL-MUNCK.

toriano de la principal causa de interrupción es a la vez el resultado y la causa de un abundante contencioso. Así son multiplicadas y alargadas las causas de interrupción de la prescripción, lo que es contrario a uno de los objetivos de la presente propuesta, dirigida a reducir la duración, a simplificar el régimen o a hacer desaparecer en la medida de lo posible las incertidumbres del Derecho.

Como la reciente reforma del Derecho alemán de las obligaciones, convendría transformar la mayor parte de las causas actuales de interrupción de prescripción en causas de suspensión, y sólo admitir dos causas de interrupción, poco susceptibles de equívoco, el reconocimiento por el deudor del buen fundamento de la pretensión del acreedor y la puesta en marcha de las vías de ejecución por el acreedor. Bastaría recoger el texto actual del artículo 2248 añadiendo que el reconocimiento del deudor puede ser tácito, por ejemplo: «La prescripción se interrumpe por el reconocimiento incluso tácito que hace el deudor o el poseedor del derecho de aquel contra el que prescribía». La citación judicial cesaría de ser una causa de interrupción de la prescripción, que se suspendería durante la duración del proceso.

11. Desaparición de la inversión de la prescripción extintiva. El primer efecto que produce actualmente la interrupción de la prescripción, y que debe ser mantenido, es la desaparición de todos los efectos anteriores de la prescripción; una nueva prescripción comienza a correr, de la misma duración que la antigua. El Derecho actual prevé también que determinadas interrupciones (no todas) producen una inversión de determinadas prescripciones (no de todas); cuando se trata de una corta, y sobre todo de una muy corta prescripción fundada sobre una presunción de pago, o incluso cuando se trata de una deuda periódica, la interrupción de la prescripción vale como inversión si el deudor ha reconocido la existencia de su obligación por un escrito y cifra y se compromete a pagarla: la corta prescripción que ha sido interrumpida es sustituida por una nueva prescripción, la del Derecho común. Para fundar esta norma, los tribunales invocan generalmente las disposiciones del artículo 2274, que, sin embargo, no dice nada al respecto.

Esta institución pretoriana, por tradicional que sea, es complicada, parece inoportuna y debería ser abandonada. Es un nido de procesos, pues la incertidumbre continua reinando sobre sus condiciones: ¿Cuales son las prescripciones susceptibles de inversión?

¿Qué acto de interrupción equivale a inversión? ¿Es preciso para que exista inversión un reconocimiento escrito y cifrado del deudor? Además, el interés de esta institución aparece sobre todo respecto de las prescripciones muy cortas, en las que la desapari-

ción haría la inversión inútil. En fin, la inversión tiene como consecuencia alargar el plazo necesario para prescribir, lo que es contrario a uno de los principios objetivos de esta propuesta de reforma.

La reciente reforma alemana de las disposiciones del BGB referente al Derecho de las obligaciones y los *Principios de Derecho europeo de los contratos* la han abandonado hoy en día pura y simplemente.

Esta exclusión de la inversión de la prescripción extintiva no debería aplicarse a la hipótesis totalmente diferente de la inversión aplicable a la usucapión (Código civil, art. 2238). Así, el precarista que, en principio, no puede usucapir (art. 2236) puede hacerlo si invierte su título, afirmando que no es un precarista y que en lo sucesivo posee por su cuenta. Los regímenes de la prescripción extintiva y de la usucapión no son idénticos.

12. Suspensión. La suspensión de la prescripción no borra el plazo ya transcurrido; detiene temporalmente su curso. Una vez la suspensión acabada, la prescripción recupera su curso, teniendo en cuenta el plazo ya transcurrido.

En nuestra historia, la suspensión ha evolucionado mucho; además, en varios aspectos, su régimen actual implica numerosas incertidumbres. La reforma debería hacer desaparecer estas incertidumbres, en la medida que sea posible, y acoger algunas de sus evoluciones.

Nuestro Derecho antiguo ligaba estrechamente la suspensión a la equidad, del mismo modo que el juez podía apreciarla: una prescripción era, caso por caso, suspendida cada vez que el juez estimaba que tal o tal suceso hacía imposible el ejercicio del derecho; conforme a su concepción del Derecho, vinculada a la majestad y a la exclusividad de la ley, los redactores del Código civil han pretendido hacer desaparecer el carácter pretoriano de la suspensión, que era, en efecto, la causa principal de los riesgos de incertidumbre y arbitrariedad; han decidido que sólo podía tener lugar la suspensión cuando la ley lo había previsto, disponiendo el artículo 2251 que «la prescripción corre contra todas las personas a no ser que no estén en alguna excepción establecida por una ley».

La causa de suspensión más importante se refiere a la tutela por incapacidad (minoría o tutela de los mayores), y sólo es excluida por las muy cortas prescripciones, que no son suspendidas, salvo el recurso del incapaz contra su tutor (art. 2278).

En el Derecho actual, el principio de legalidad domina aparentemente la suspensión de la prescripción que existe en las condiciones previstas por la ley. Sin embargo, la jurisprudencia, de dos maneras diferentes, ha menoscabado este legalismo. De una parte,

éste es el caso cuando la prescripción debería ser suspendida si se hubiese aplicado estrictamente la ley, pero no lo es porque se trata de un plazo prefijado. De otra parte, y a la inversa, es de los casos donde la prescripción es suspendida por los jueces, cuando ninguna disposición legal lo había previsto, por aplicación de la regla *contra non valentem*.

13. Supresión de los plazos prefijados. La jurisprudencia, a menudo en ausencia de todo texto, ha admitido la existencia de «plazos prefijados» que no pueden ser suspendidos, incluso por causa de incapacidad; por ejemplo, el plazo de dos años durante el cual la rescisión de una venta de inmueble por causa de lesión puede ser introducida, como lo prevé expresamente el artículo 1676, párrafo 2 del Código civil. De igual manera, aunque ningún texto lo haya previsto, la jurisprudencia decide que es un plazo prefijado el plazo de tres años durante el cual un mueble perdido o robado puede ser reivindicado (art. 1122, p. 2)¹⁰⁰. A menudo también, pero no siempre, la jurisprudencia decide que el juez puede establecer de oficio la expiración de un plazo prefijado.

Ningún criterio preciso permite determinar qué plazos son o no son prefijados. Sobre este punto igualmente el Derecho actual de la prescripción extintiva sufre incertidumbres, causas contenciosas y discusiones algunas veces interminables. La reforma debería hacer desaparecer la noción de plazo prefijado, salvo que la ley puede expresamente decidir, como lo hace en el artículo 1676, que, contrariamente al Derecho común, tal o cual plazo corre contra los incapaces.

14. *Contra non valentem*. Una jurisprudencia abundante, antigua y casi constante, restituye al juez en materia de prescripción extintiva el poder creador y modificador de las prescripciones que el antiguo Derecho le había conferido y que el Código civil había querido probablemente retirar.

Ha resucitado la máxima de equidad *Contra non valentem agere no currit prescriptio*: la prescripción sólo corre contra el que ha estado impedido para actuar. Así, la jurisprudencia retrasa el punto de partida de la prescripción, cuando el acreedor no puede actuar por causa de fuerza mayor, e incluso cuando el acreedor ignoraba la existencia de su derecho si esta ignorancia tenía una causa legítima: como en el antiguo Derecho, se trata de una medida de equidad, muy circunstanciada. El Tribunal de Casación enuncia esta norma pretoriana, en un considerando principal muy a menudo repetido casi de la misma manera: «la prescripción no corre contra

¹⁰⁰ Crim., 30 de octubre de 1969, *JCP*. 1970 II 16333, nota de G. GOUBEUX.

el que se encuentra en la imposibilidad de actuar a consecuencia de un impedimento cualquiera que resulte sea de la ley, sea de la convención o de la fuerza mayor»¹⁰¹.

La jurisprudencia aplica esta norma de equidad de manera circunstanciada. Uno de sus criterios es vincularse al momento en que aparece la imposibilidad de actuar. Los jueces sólo aplican la norma si esta imposibilidad de actuar ha aparecido en los últimos tiempos del plazo; al contrario, rechazan su aplicación si el acreedor ha gozado de un plazo suficiente después de la desaparición de este obstáculo¹⁰².

La reciente reforma alemana del Derecho de las obligaciones en el BGB ha legalizado la norma precisándola por cifras: la fuerza mayor que impide al acreedor actuar solo es una causa de suspensión de la prescripción si ha intervenido en los seis meses que preceden a la expiración del plazo de prescripción (§ 206; cfr. también los *Principes du droit européen des contrats*, art. 14.303.2). La presente propuesta se ha inspirado en esta norma.

15. Oficio del juez. «Los jueces no pueden suplir de oficio el medio que resulte de la prescripción». La norma enunciada por el artículo 2223 se aplica incluso cuando la prescripción no es de orden público. Traduce un consenso general y debe ser mantenida. No existe discusión doctrinal para los plazos prefijados; desapareciendo la noción y la institución del plazo prefijado, la discusión queda sin objeto.

16. Punto de partida de la prescripción. El principio es que el punto de partida del plazo de prescripción es, no el día en que el crédito ha nacido, sino aquél en que el acreedor puede actuar. Por ejemplo, respecto de los créditos sucesivos (ej., los alquileres) la prescripción empieza a correr desde cada vencimiento; incluso para una deuda a término, el día en que el término ha vencido.

Respecto de las deudas no exigibles, la ley prevé que el punto de partida de la prescripción es retrasado: para una deuda a término, en el día en que el término ha vencido; para una deuda bajo condición suspensiva, en el día en que la condición es realizada (art. 2257); respecto de una acción de nulidad por vicio del consentimiento, desde el día en que el vicio ha cesado o en el que la vícti-

¹⁰¹ Por ejemplo, Civ. 1, 22 de diciembre de 1959, J: C. P. 1960 II 11494, n. firma P: E.

¹⁰² Ej. Com, 11 de enero de 1994, *Bull. cit.* IV, núm. 22; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1995, 114, obs. J. MESTRE: «la norma según la cual la prescripción no corre contra el que está imposibilitado para actuar a consecuencia de un impedimento cualquiera que resulte sea de la ley, sea de la convención o de la fuerza mayor, no se aplica cuando el titular de la acción disponía todavía en el momento en que este impedimento ha tomado fin del tiempo necesario para actuar antes de la expiración del plazo de prescripción».

ma ha tenido conocimiento (art. 1304, p. 2); pero los topes se imponen; incluso si la víctima del vicio del consentimiento ignoraba que su consentimiento había sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, la acción prescribe después de un plazo tope: diez años después de la conclusión del contrato. Para las acciones de responsabilidad civil extracontractual, la prescripción de tres años (en la actual propuesta) corre desde el día en que la víctima podía actuar, es decir, ha tenido conocimiento del daño, de su alcance o de su agravación (art. 2170.1); pero incluso si la víctima no ha tenido conocimiento del daño, de su alcance y de su agravación, la acción prescribe en un plazo tope de diez años a contar de la comisión del hecho dañoso, plazo que se sitúa en treinta años si se trata de un perjuicio corporal o que resulta de un acto de barbarie o de un daño causado al medio ambiente.

La mayor parte de las disposiciones actuales del Código civil relativas al punto de partida de la prescripción deberían ser conservadas, salvo para añadir una norma que prevea una fecha tipo cuando el acreedor ha ignorado la existencia del vicio del consentimiento o la víctima la existencia, el alcance o la agravación del daño.

17. Efecto de la prescripción. La prescripción liberatoria produce esencialmente un efecto extintivo; sin embargo, el pago de una deuda prescrita no puede nunca ser repetido, lo que los tribunales explican alguna vez por la existencia de una obligación natural (art. 1239). La explicación es contestable, puesto que importa poco que el *solvens* haya cometido un error ignorando la prescripción que le libera. No obstante, convendría añadir un párrafo 3 al artículo 1235, enunciando que «el pago de una deuda prescrita no puede ser repetido».

18. Derecho transitorio. La jurisprudencia ha adoptado normas simples para el Derecho transitorio, en las que el proyecto actual se ha inspirado.

19. Numeración. La simplificación del Derecho de la prescripción tendría como consecuencia la desaparición de numerosos artículos del Código civil. Se ha considerado útil mantener el número del artículo 2279, enraizado en la cultura y la memoria nacionales, como los artículos 544, 1134 y 1382. Quince números habrían quedado así disponibles para la reforma del Derecho de las garantías.

Artículo 2234. La prescripción es un medio de adquirir o de liberarse por un cierto lapso de tiempo y con las condiciones determinadas por la ley.

Artículo 2235. Se puede renunciar a una prescripción ganada.

La duración de la prescripción extintiva puede ser acortada o alargada por acuerdo de las partes o de sus representantes legales; pero no puede ser reducida a no menos de un año ni extenderse a más de diez años.

Artículo 2236. La renuncia a la prescripción es expresa o tácita; la renuncia tácita resulta de un hecho que supone el abandono del derecho adquirido.

Artículo 2237. El que no puede enajenar no puede renunciar a la prescripción ganada.

Artículo 2238. Los jueces no pueden suplir de oficio el medio resultante de la prescripción, incluso cuando interesa al orden público.

Artículo 2239. La prescripción puede ser opuesta en todo momento, incluso ante el tribunal de apelación, a no ser que la parte que no hubiese opuesto el medio de la prescripción deba, en razón de las circunstancias, ser presumida haberla tácitamente renunciado.

Artículo 2240. Los acreedores, o cualquier otra persona que tenga interés en que la prescripción sea adquirida, pueden oponerla o invocarla aunque el deudor o el propietario renuncie a ella.

Artículo 2241. Las cosas que no están en el comercio escapan a toda prescripción.

Artículo 2242. El Estado, las colectividades locales y los establecimientos públicos están sometidos a las mismas prescripciones que los particulares y pueden igualmente oponerlas o invocarlas.

CAPÍTULO II. DE LA POSESIÓN

Artículo 2243. La posesión es la detentación o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o que la ejerce en nuestro nombre.

Artículo 2244. Para poder prescribir, es necesaria una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y a título de dueño.

Artículo 2245. Se presume siempre que se posee para sí mismo y a título de dueño, si no se prueba que se ha comenzado a poseer para otro.

Artículo 2246. Cuando se ha comenzado a poseer para otro, se presume siempre que se posee con el mismo título, si no existe prueba en contrario.

Artículo 2247. Los actos de pura facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción.

Artículo 2248. Los actos de violencia no pueden fundar tampoco una posesión susceptible de operar la prescripción.

La posesión útil sólo comienza cuando la violencia ha cesado.

Artículo 2249. El poseedor actual que prueba que ha poseído anteriormente, se presume que ha poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Artículo 2250. Para completar la prescripción, se puede unir a su posesión la de su autor, de cualquier manera que le haya sucedido, sea a título universal o particular, sea a título gratuito u oneroso.

CAPÍTULO III. DE LAS CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2251. Los que poseen por otro no prescriben nunca por el lapso de tiempo que sea.

Así, el arrendatario, el depositario, el usufructuario y todos los otros que detentan en precario la cosa del dueño, no pueden prescribirla.

Artículo 2252. Los herederos de los que tienen la cosa por alguno de los títulos designados por el artículo precedente no pueden tampoco prescribir.

Artículo 2253. Sin embargo, las personas enunciadas en los artículos 2252 y 2250 pueden prescribir, si el título de su posesión se encuentra invertido, sea por una causa que procede de un tercero, sea por la contradicción que han opuesto al derecho del dueño.

Artículo 2254. Aquellos a quienes los arrendatarios, depositarios y otros precaristas han transmitido la cosa por un título traslativo de propiedad pueden prescribirla.

Artículo 2255. Uno no puede prescribir contra su título, en el sentido de que no puede cambiar para sí mismo la causa y el principio de su posesión.

Artículo 2256. Uno puede prescribir contra su título, en el sentido de que se prescribe la liberación de la obligación que se ha contraído.

CAPÍTULO IV. DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN O QUE SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN

SECCIÓN 1. DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2257. La prescripción puede ser interrumpida naturalmente o civilmente.

Artículo 2258. Existe interrupción natural, cuando el poseedor es privado durante más de un año del goce de la cosa, sea por el antiguo dueño, sea incluso por un tercero.

Artículo 2259. Existe interrupción civil cuando el deudor o el poseedor reconoce, incluso tácitamente, el derecho de aquel contra el que prescribía.

Artículo 2260. La prescripción es interrumpida igualmente por un acto de ejecución tal como un mandamiento o un embargo.

Artículo 2261. La interrupción elimina la prescripción; hace correr una nueva de la misma duración que la antigua.

Obs: El artículo 2253, relativo a otra hipótesis de inversión, es conservado.

SECCIÓN 2. DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LAS CAUSAS QUE LA SUSPENDEN

Artículo 2262. La prescripción tiene como punto de partida el día en que el acreedor puede actuar.

Artículo 2263. No corre:

Respecto de un crédito que depende de una condición, hasta que la condición llega o decae;

Respecto de una acción de garantía, hasta que la evicción tiene lugar;

Respecto de un crédito a día fijo, hasta que el día llegue.

Artículo 2264. No corre o se suspende, en tanto que las partes negocien de buena fe.

Lo mismo sucede cuando el deudor ignora la existencia o el alcance del crédito.

Artículo 2265. La suspensión de la prescripción detiene temporalmente el curso sin eliminar el plazo ya transcurrido.

Artículo 2266. La prescripción corre contra toda persona que no está imposibilitada para actuar a consecuencia de un impedimento que resulte de la ley, de la convención o de la fuerza mayor.

La fuerza mayor, cuando es temporal, sólo es una causa de suspensión si tiene lugar a los seis meses que preceden a la expiración del plazo de prescripción.

Artículo 2267. La prescripción queda suspendida durante el proceso hasta su terminación.

Artículo 2268. No corre contra los menores no emancipados y los mayores sometidos a tutela..

Artículo 2269. No corre entre esposos.

Artículo 2270. Igualmente es suspendida contra el heredero beneficiario respecto de los créditos que el heredero tiene contra la sucesión.

Artículo 2271. Pero corre contra una sucesión vacante, aunque no exista curador.

También corre durante los plazos para ejercer la opción sucesoria.

CAPÍTULO V. DEL TIEMPO REQUERIDO PARA PRESCRIBIR

SECCIÓN 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2272. La prescripción se cuenta por días, y no por horas.

Artículo 2273. Tiene lugar cuando el último día del término se ha cumplido.

Artículo 2274. Todas las acciones prescriben a los tres años, sin que el que alegue esta prescripción esté obligado a entregar un título o pueda oponer la excepción deducida de la mala fe.

SECCIÓN 2. DE LAS PRESCRIPCIONES PARTICULARES

Artículo 2275. Sin embargo, prescriben a los diez años:

1. las acciones de responsabilidad civil, que se dirigen a la reparación de un perjuicio corporal o de cualquier perjuicio causado por actos de barbarie;
2. las acciones de nulidad absoluta;
3. las acciones relativas a un derecho constatado por una sentencia u otro título ejecutorio;
4. las acciones de responsabilidad o de garantía del constructor de una obra contraídas en virtud de los artículos 1792 a 1792.2.

Artículo 2276. La propiedad inmobiliaria es adquirida por la posesión de diez años.

Variante: La propiedad inmobiliaria es adquirida por una posesión de veinte años. Sin embargo, este plazo se reduce a diez años cuando el poseedor ha adquirido el inmueble de buena fe y con justo título.

Artículo 2277. Las normas enunciadas en este título se aplican sin perjuicio de las disposiciones del Nuevo Código de procedimiento civil, del Código penal, del Código de procedimiento penal, del Libro I, de los Títulos I y V del Libro III del presente

Código, de los Libros V y VI del Código de comercio, de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa, de los tratados internacionales ratificados por Francia y de las normas de la Unión Europea.

Tampoco se aplican a los plazos legales o inferiores a seis años durante los cuales una acción debe ser interpuesta o un derecho ejercido, con la sanción de caducidad.

SECCIÓN 3. DEL PLAZO MÁXIMO DE LAS PRESCRIPCIONES EXTINTIVAS

Artículo 2278. Sin embargo, salvo con relación a los crímenes contra la humanidad, que son imprescriptibles, todas las acciones prescriben a los diez años después del hecho generador de la obligación, cualquiera que sean el objeto de ellas, el punto de partida, las interrupciones, las suspensiones y las convenciones que modifican su duración.

Con respecto a las acciones de responsabilidad civil que tengan por objeto la reparación de un perjuicio corporal o que resulten de un acto de barbarie o de un ataque al medio ambiente, este plazo es de treinta años.

SECCIÓN 4. DE LA POSESIÓN MOBILIARIA

Artículo 2279. En relación con los muebles, la posesión equivale al título.

Sin embargo, el que ha perdido o al que se le ha robado una cosa puede reivindicarla durante tres años a contar del día de la pérdida o del robo, contra aquél en cuyo poder se encuentre, salvo su recurso contra el que la tiene.

Artículo 2280. Si el poseedor actual de la cosa robada o perdida la ha comprado en una feria o en un mercado o en un venta pública o a un marchante que vende cosas parecidas, el propietario originario sólo puede recuperarla reembolsando al poseedor el precio que le ha costado.

El arrendador que reivindica, en virtud del artículo 2102, los muebles desplazados sin su consentimiento y que han sido comprados en las mismas condiciones, debe igualmente reembolsar al comprador el precio que le han costado.

SECCIÓN 5. DERECHO TRANSITORIO

Artículo 2281. La ley que alarga la duración de la prescripción queda sin efectos sobre una prescripción adquirida; se aplica

cuando la acción no había prescrito en la fecha de entrada en vigor de la ley.

Cuando la ley reduce la duración de la prescripción, la prescripción comienza a correr en el día de la entrada en vigor de la ley, sin que la duración total pueda exceder de la duración prevista por la ley anterior.

Doscientos años del Code civil des Français en USC (1804-2004). Catálogo de la Exposición celebrada en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela, 2005

(Coord. María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García)

MARIANO ALONSO PÉREZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. *Contexto del Bicentenario de un Código «cuasisagrado e inviolable»: razones y pretensiones de una gran Exposición y de su supervivencia gráfica compostelana.*—2. *Una introducción profesoral: diversas partes de la Exposición y del Catálogo. Obras y Comentarios. Apostillas o inmisiones excesivas de quien se deja seducir por la «gran peregrinación impresa jacobea».* A. Génesis del Code. B. Una idea revolucionaria. C. Un siglo de lecturas del Code. D. Influencias del Code en la Codificación civil en España. E. Confesión, invitación y agradecimientos varios.—3. *Reflexión final, a modo de epílogo, por este observador nada imparcial de la «gran peregrinación bibliográfica jacobea».*

1. CONTEXTO DEL BICENTENARIO DE UN CÓDIGO «CUASISAGRADO E INVOLABLE»: RAZONES Y PRETENSIONES DE UNA GRAN EXPOSICIÓN Y DE SU SUPERVIVENCIA GRÁFICA COMPOSTELANA

El año pasado se cumplió el Bicentenario de la publicación del *Code* civil francés, en el primer día de la primavera de 1804 (30 de Ventoso del año XII). Coincide prácticamente con la muerte de Kant (12 de febrero de 1804), el filósofo de la Ilustración crítica que, junto

con Hegel, abren las puertas de la modernidad y de las nuevas esencias culturales de Occidente. La codificación fue posible cuando la autonomía del individuo, hija legítima de la razón ilustrada, alumbró un Derecho privado nuevo con pretensiones de universalidad cimentado en la libertad contractual, la propiedad individual absoluta, el matrimonio entendido como contrato civil, la libre disponibilidad hereditaria y la responsabilidad asentada en la culpa. El nuevo Derecho nacía del *ius commune*, pero era otra realidad jurídica. Cual Ave Fénix, resurge de las cenizas del viejo Derecho, pero el *ius novum* codificado ha cambiado sustancialmente su faz. Ciudadanos llegados a la mayoría de edad, que han hecho del lema kantiano *sapere aude* («ten la audacia de pensar») su manera de vida y han sido capaces de engendrar el primer código moderno, serán los protagonistas del gran movimiento codificador, cuyos valores aún perduran. El *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 o el Código civil austriaco de 1811 no son propiamente códigos, aunque así se llamen: son hijos del Despotismo Ilustrado, que no es otra cosa que los últimos estertores del Antiguo Régimen. Están anclados en el Iusnaturalismo racionalista (sobre todo de Pufendorf y de Wolff), pero no son obra de la burguesía liberal ni del Racionalismo iluminista; han brotado en el seno de sociedades estamentales donde la ley no es expresión de la voluntad popular, sino del arbitrio del monarca ilustrado.

Es el momento de comentar con pausa este magno acontecimiento destinado a celebrar el Bicentenario del *Code civil*, aunque sea con retraso del que me culpo en exclusiva. Que yo sepa, no ha tenido parangón en España. Mi morosidad en evocarlo, en nada debe reducir su magnitud. Pero situemos la conmemoración en su contexto histórico. El texto napoleónico y los demás Códigos que la burguesía liberal promulgó en el siglo XIX instauraron la legalidad frente a la arbitrariedad, la *lex universalis* de la Razón frente al *placitum principis*. Pretendieron acabar con el despotismo anterior, «el cementerio de la libertad» (Kant), para establecer el orden de la libertad, de la igualdad y de la propiedad de los ciudadanos. Reconozcamos que el *Code civil des français* es el fruto más sazonado que, desde la perspectiva jurídica, produjo la Ilustración. Porque si el hombre ilustrado es aquél que, en la concepción kantiana, ha alcanzado su mayoría de edad para comportarse como ser autónomo que piensa por sí mismo, actúa como persona moralmente libre y es capaz de constituir una sociedad moderna en la que los ciudadanos convivan en igualdad y libertad, el *Code*, hijo de los ideales igualitarios de la Revolución, compendió «admirablemente» los derechos civiles más esenciales que en aquella época auroral y en los tiempos siguientes formarían la verdadera constitución material de la sociedad burguesa. Ilustración,

Revolución y *Code* formaron una trinidad con notables disidencias y estridencias, pero unidos por el mismo cordón umbilical: el culto a la diosa Razón y sus revelaciones que abren la era de «la libertad de los modernos», como la llamó B. Constant, cuyas manifestaciones principales serían la libertad dominical, contractual, hereditaria, política, moral e ideológica. El *Code civil* adquirió un rango sólo comparable al *Corpus iuris civilis* de Justiniano, porque se preparó con la evidente intención de ser no sólo el texto legal por antonomasia de los juristas, sino de los ciudadanos que han salido de la minoría de edad como súbditos de príncipes o señores despóticos para emanciparse de los viejos oscurantismos estamentales. Será el gran Código de la burguesía, que regirá normativamente el desarrollo de la sociedad industrial, dotado de fuerza expansiva ilimitada capaz de transferir sus instituciones básicas a otros pueblos o de aceptarlo sin más, eso sí, con ayuda de las bayonetas napoleónicas. Constituirá un nuevo *ius commune*, limpio de los excesos enfermizos del poder revolucionario jacobino.

Prescindimos de que la mitad de sus artículos originales haya desaparecido, hasta el punto de poder exclamar, como Eneas ante el espectro de Héctor, *quantum mutatus ab illo*. Pero sigue vigente gran parte de su letra y la sustancia viva de su espíritu, a pesar de que importantes reformas hayan novado parcelas relevantes del viejo texto. Doscientos años de vigencia y aplicación de un cuerpo jurídico es un hecho inusitado, casi único, sobre todo en los tiempos modernos que todo lo convierten en objetos inservibles al día después, y revela una ancianidad tan vigorosa que más podría parecer una lozana juventud. Es lógico que en Francia se haya celebrado su bisecularidad con toda suerte de homenajes. Ahí está, como muestra exquisita, *Le Code civil 1804-2004 Dalloz - Juris Classeur*, (París 2004), 720 pp., en el que colaboran treinta y cinco autores de primera fila franceses y extranjeros, con un Prólogo excelente –como todo lo suyo– de Jean Carbonnier, poco ha fallecido. Justificados todos los homenajes si tenemos en cuenta que, como dijo J. Chirac, estamos ante un texto *qui transcende le temps et les frontières*. Con razón señala G. García Cantero, en un notable trabajo sobre el *Bicentenario festivo del Code civil* (RJN, 51, 2004, pp. 253-303), que «ningún país puede ofrecer, ciertamente, el hecho casi inusitado de un cuerpo legal que sigue en vigor al cabo de dos siglos de su promulgación, sirviendo todavía de modelo a un número significativo de códigos civiles en muchas partes del mundo.

Se dijo que el *Code civil* era «la Revolución Francesa en dos mil artículos» (Tissier), naturalmente sin guillotina ni cruentos jacobinos, purificado por el 18 Brumario y suavizado por los cua-

tro jurisconsultos codificadores hijos, al fin, del viejo Régimen y de la lealtad al Primer Cónsul. El viejo Cronos se ha llevado muchos sueños y no menos logros de aquellos tiempos aurorales y convulsos. Pero quedan intactos tras doscientos años los frutos de la Ilustración que el *Code* representó: los derechos inalienables del hombre (libertad, igualdad, propiedad, autonomía jurídica y moral), la capacidad para enfrentar opresiones y tiranías, la creación de un *ius novum* sobre las raíces fecundas del viejo *ius commune*, y el desarrollo de la sociedad burguesa que trajo el progreso técnico e industrial de la sociedad contemporánea.

El Bicentenario del Código civil francés ha pasado casi sin notarse entre los civilistas españoles y entre los juristas en general. Como si Francia y su cultura estuvieran tan lejanos y como si el viejo texto napoleónico apenas nos hubiera concernido en estos doscientos años. Ni siquiera la Asociación de Profesores de Derecho civil se acordó de dedicarle en su reunión anual al menos una de sus ponencias. Son más importantes los problemas jurídicos cotidianos, envueltos en el crudo positivismo legalista y exegetico –no tanto hermenéutico– que nos invade por doquier. No hay espacio ni sensibilidad cultural, ni interés humanístico en celebrar la longevidad bisecular de una obra tan señera en la Historia del Derecho universal. En medio de ese páramo conmemorativo, han existido aquí y allá algunos oasis reconfortantes. De ellos, sin duda el más frondoso y reparador lo encontramos en la Universidad de Santiago de Compostela con el título que encabezan estas páginas. *Doscientos años del Code Civil des Français (1804-2004)* suponen una conmemoración española excepcional por casi única y por su excelencia en la Universidad española y en otros Foros del Derecho. El Catálogo de la Exposición que tuvo lugar en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad compostelana, es un libro de excelente formato y bella confección, que ante todo da fe del solemne acto académico celebrativo e inaugural de la exposición bibliográfica destinada a conmemorar el Bicentenario del Código civil francés. Una esmerada edición bilingüe (en gallego y castellano), con un total de 132 páginas. La exposición de diversas obras referentes de modo más o menos directo al viejo texto napoleónico se exhibió en la sede de la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela, su inauguración tuvo lugar el 10 de diciembre de 2004 y permaneció abierta hasta el día 31 de enero de 2005. El Catálogo es el reflejo fiel artísticamente impreso de aquella Exposición. Los que no pudimos acudir a visitar una muestra tan relevante, como es mi caso pese a estar invitado, lo lamentaremos para siempre. A lo largo de las páginas del Catálogo se alternan análisis sustanciosos

referidos a la génesis, gestación y posteriores valoraciones e influencias del *Code*, como los facsímiles de aquellas ediciones de obras fundamentales que de un modo u otro reflejan el itinerario que conduce al Código o lo van a configurar para la posteridad. Son, en general, libros cardinales que forman parte del rico patrimonio bibliográfico de la Universidad compostelana, y en particular de su Biblioteca General y de la Biblioteca Concepción Arenal.

Sin duda, el mérito principal de esta efeméride conmemorativa del *Code civil français* se debe a la iniciativa y desvelos del Departamento de Derecho común de la Universidad compostelana y a una larga relación de generosos colaboradores que se mencionan agradecidamente en la Introducción del Catálogo, redactada por la profesora María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García. Presiento y afirmo sin temor a equivocarme, con todo, que el alma de esta magna exposición con su Catálogo y, en general, de los actos que le dieron vida y la han perpetuado, tiene un nombre que es la profesora María Paz García Rubio, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago. No es de extrañar si tenemos en cuenta que María Paz es una civilista de prestigio unánimemente reconocido con un sentido profundo de lo que han significado algunos tesoros jurídicos de otras épocas para la conformación del Derecho civil moderno. Mientras la mayoría de los civilistas españoles hemos permanecido más o menos atarácicos ante el Bicentenario del *Code*, ella ha tenido la fina sensibilidad de fomentar e impulsar una solemne conmemoración coronada con un Catálogo de excelente valoración histórica y bello contenido gráfico.

El libro-Catálogo empieza sus primeras páginas reproduciendo en pequeño tamaño una primera edición del texto y se cierra con una copia del cuadro de J. B. Mauzaisse, *Napoléon, couronné par le Temps, écrit le Code Civil*. Se señala en la página final que «este libro saú do prelo o 2 de decembro de 2005, CCI aniversario da consagración de Napoleón Bonaparte como Emperador dos Franceses na Catedral de Notre-Dame de París (11 de Frimario do Ano XII do Calendario Republicano)».

El Catálogo se abre con una *Presentación* del Rector de la Universidad de Santiago, en la que pone de manifiesto que sus más de quinientos años de vida, con su riqueza cultural inherente, la legitiman con creces para ser prácticamente la única institución española que ha organizado una celebración de este cariz. Justifica el acontecimiento apoyándose en una cita del malogrado Tomás y Valiente, sobre nuestro propio ser como memoria de lo que hemos sido y hemos hecho, firme sostén para construir el futuro. Con la conmemoración del Bicentenario se propone también el Rector

Senén Barro que la cultura jurídica, tan encerrada tradicionalmente en el estrecho círculo profesional (como recordaba invocando una cita oportuna de Jean Carbonnier), salga de sus angostos límites y se incorpore a la cultura general.

El *Prólogo* del Catálogo es obra del Profesor L. Díez-Picazo, que pronunció una de las conferencias en el Acto Inaugural de la Exposición. El gran juriconsultor español destaca la longevidad del texto napoleónico y su significado como primer código genuinamente moderno, cabeza de un árbol genealógico o de una «familia», en cuanto sirvió de modelo para otros códigos de muchos países, entre ellos el nuestro a través del proyecto de 1851. Con acierto señala nuestro primer civilista vivo que «las bondades de este Código las ha puesto de relieve, como las de los buenos vinos y los buenos edificios, el tiempo». Punto de encuentro armónico entre el Derecho natural racionalista y el Derecho revolucionario, entre el Derecho escrito del sur y el Derecho consuetudinario del norte. Punto de encuentro sin haberlo sabido, como dijo Carbonnier. Díez-Picazo señala oportunamente que el *Code civil* en nuestros días es ya un texto proteico, objeto de reformas e interpretado por una extensa doctrina jurisprudencial. Mantiene sus dudas sobre si seguirá prolongando su longevidad, pues la búsqueda de un Derecho privado europeo codificado, cual nuevo Derecho común, hace problemática la supervivencia de los antiguos códigos nacionales, por muy sagrados e influyentes que hayan sido durante largas épocas. Termina el autor reconociendo el mérito del Departamento de Derecho común de la Universidad de Santiago de Compostela y de la profesora García Rubio, a cuyos desvelos y cuidados se debe la exposición organizada con viejos libros, documentos y grabados que nos devuelven a todos a los principios del siglo XIX. No olvida el autor de los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* recordar con gran oportunidad que un camino de peregrinación que se denominó también francés llegó hasta Compostela mucho antes de que el mismo lugar acogiera esta celebración bicentennial del *Code*.

2. UNA INTRODUCCIÓN PROFESORAL: DIVERSAS PARTES DE LA EXPOSICIÓN Y DEL CATÁLOGO. OBRAS Y COMENTARIOS. APOSTILLAS O INMISIONES EXCESIVAS DE QUIEN SE DEJA SEDUCIR POR LA «GRAN PEREGRINACIÓN IMPRESA JACOBEA»

La *Introducción* del Catálogo supone un análisis del ser mismo y de lo que representó el gran texto jurídico napoleónico, así como

de las diversas partes de la Exposición. Conviene leerla pausadamente, porque constituye un estudio de excelente factura. Es difícil decir más y mejor sobre el *Code* en siete páginas de medio folio. Sus autores son la profesora María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García, director de la Biblioteca Concepción Arenal. Ellos justifican la Exposición, entre otras razones poderosas (la principal rendir justo homenaje a un monumento del mejor arte jurídico), por «la escasa participación española en estas celebraciones, lo que fue un acicate más para que la Universidad de Santiago de Compostela decidiera sumarse animosamente al bien merecido homenaje». Ambos autores se introducen a continuación en los entresijos de la codificación napoleónica y su significado. Obra de Bonaparte, que puso toda su voluntad política, su *auctoritas* y su *imperium* al servicio de esta causa. Fue el espíritu que animó el gran cuerpo legal, su verdadero hacedor inmediato (Domat y Pothier fueron los mediatos). Lo fue porque removió los obstáculos que impedían su elaboración, cortó cualquier exceso del jacobinismo revolucionario, acudió a más de la mitad de las sesiones del Consejo de Estado e interviene en las discusiones y elige a propuesta de Cambacères los cuatro juristas idóneos para preparar el Proyecto. A la postre, al Primer Cónsul se debe el equilibrio del *Code* y quizá la razón de su larga supervivencia, equilibrio armónico entre las instituciones fundamentales heredadas del Derecho romano y el multi-secular *Droit coutumier*; entre los *nova* que instaura la Revolución (matrimonio civil, divorcio, propiedad ilimitada, igualdad y autonomía contractual, libertad de testar, abolición de privilegios y cargas feudales) y los *vetera* del pasado (familia patriarcal y jerárquica, autoritarismo familiar, discriminación entre los hijos, legítimas largas, etc.); entre viejas formas agrarias y los nuevos modelos urbanos y mercantiles propios del incipiente capitalismo burgués; entre los postulados *more geometrico* del Iusnaturalismo racionalista y los nuevos vientos de igualdad y libertad del credo revolucionario. Ruptura, pues, con el pasado y aceptación de los nuevos logros nacidos desde el memorable 26 de agosto de 1789, pero ruptura en parte aparente y, en todo caso, libre de cualquier devoción fanática.

El año 1804 se publica el *Code*, muere Kant y Napoleón se proclama emperador de Francia. Claros indicios de que el pensamiento ilustrado y la sociedad burguesa marchan al unísono logrando un nuevo orden regido por un Código riguroso, verdadera «razón escrita», que cabía holgadamente en el bolsillo de cualquier mercader. El *Code* es el heraldo jurídico de los nuevos tiempos que vendrán tras su aparición, los tiempos de las modernas sociedades industriales, asentadas en la libertad y el progreso social.

La profesora García Rubio y Méndez García señalan, invocando una idea de Carbonnier, que el *Code civil* es a la vez y por muchas razones un libro simbólico y un libro de símbolos. Tales símbolos los sintetizan estos autores en cuatro fundamentales: en primer lugar, el *Code* es el símbolo por excelencia del fenómeno de la Codificación, que supuso el establecimiento del orden jurídico de la burguesía, como resultado de la precipitación de las ideas revolucionarias que dieron al traste con el Antiguo Régimen. En segundo lugar, el *Code* fue un Código para Europa que parte de ésta debió asumir como propio a golpe de conquista napoleónica, aunque al desaparecer el Imperio, algunos países continuaran aceptándolo voluntariamente; sobre todo, porque muchos pueblos, como España misma, lo tomaran en mayor o menor medida como modelo para elaborar sus códigos civiles nacionales. De grado o por fuerza, el texto francés vino a convertirse en Derecho común de la nueva Europa que empezó a fraguarse cuando cesó el fragor de las armas napoleónicas. Esta idea expansionista formó parte del programa del Emperador, que no sólo quería hacer de Europa un gran imperio sometido a la hegemonía francesa, sino moldearla a su manera con el espíritu de la Revolución para sacarla del feudalismo, del absolutismo y del oscurantismo estamental. Pretende modernizar Europa mediante el Código civil y el resto de los textos napoleónicos; llevar las luces de la razón con sus manifestaciones ilustradas de pensar, educar y negociar. Los dos autores resaltan este dato, porque de aquel intento europeísta de Bonaparte, donde el fragor de las armas se mezclaba con las nuevas ideas liberales, simbolizadas en su *Code civil*, hoy rebrota el empeño en elaborar un código civil de la Europa unificada.

En tercer lugar, los autores de la *Introducción* valoran el *Code* como símbolo que representa la continuidad jurídica en Francia, donde se han sucedido varias constituciones bajo la vigencia de un único Código civil y, aunque desaparecidas más o menos la mitad de sus disposiciones originales, el Código sigue teniendo en su esencia los mismos rasgos genéticos originales que le hacen perfectamente reconocible como el que vio la luz en 1804. No podemos olvidar que los grandes códigos promulgados por la burguesía liberal –entre ellos, el nuestro– eran el auténtico baluarte de la libertad de los particulares para disponer de un espacio propio de autonomía frente a las intromisiones y abusos de los poderes públicos. Así el Derecho privado llegó a ser el Derecho constitutivo de la sociedad burguesa, junto al cual el Derecho constitucional tenía una importancia secundaria. Le correspondía una primacía material frente al Derecho constitucional. Como sistema regulador de la libertad y de

sus ámbitos y limitaciones, asumió en buena medida el papel tutelar de los derechos fundamentales (D. Grimm, K. Hesse, F. Wieacker, M. Bullinger, P. Caroni, Tomás y Valiente: referencias en mi trabajo sobre el *Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*, Universidad de Salamanca, 1998).

En cuarto lugar, los dos profesores mencionados expresan que el *Code* es un símbolo de elegancia en la redacción; su estilo lapidario y conciso lo ha convertido en objeto de alabanza por sus cualidades estéticas y, como ha evidenciado Basil Makesinis, ha facilitado la colaboración entre el legislador, los tribunales y los académicos en medida muy superior a lo que ha sucedido con otras tradiciones jurídicas como la alemana o la del *Common Law*.

El gran novelista Stendhal aprendió a escribir, según su propio testimonio, leyendo el *Code civil*, que conocía muy bien. Él mismo le escribe a Balzac: «cuando estaba escribiendo la *Cartuja*, para tomar el tono, leía cada mañana dos o tres artículos del Código civil» (C. Berges, *Prólogo* a su traducción de «La Cartuja de Parma», Alianza Editorial, Madrid 1978). Así nos explicamos el estilo hermosamente frío y preciso de *Le Chartreuse* o de *Le Rouge et le Noir*, por ejemplo. «El ideal, repite, es la sequedad del Código civil, su aridez que nos lleva directamente al objeto...» Ese *Code* del que él señaló también que «impulsa a los hombres a valorar todas las cosas y a venerar la energía». Si el *Code* tiene la precisión jurídica y lingüística del *more geometrico*, del estilo que después seguiría el genial Stendhal, el gran lector del *Corpus* napoleónico, no es de extrañar la afirmación de que el viejo texto es «un tour de géomètre et de legista» (J. Prèvest), algo así como un mano a mano entre Euclides y Papiniano, entre la Geometría y el Derecho.

Los estudiosos García Rubio y Méndez García dedican el resto de su brillante *Introducción* a explicar los cuatro bloques que configuran la Exposición, reproducidos bellamente en la letra impresa del Catálogo. Los cuatro bloques se rubrican, respectivamente, «Génesis del *Code*», «Una idea revolucionaria», «Un siglo de lecturas del *Code*» e «Influencia del *Code* en la codificación civil en España». Los autores son conscientes de que, pese a que faltan algunas piezas de gran significado (como las recopilaciones de textos de Fenet y Locré), «han logrado reunir una dignísima representación bibliográfica de tan excelso libro de leyes».

A. *Génesis del Code*

A esta cuestión se refiere el primer tramo de la Exposición y del Catálogo que la recoge en letra impresa. A su vez, esta parte se

subdivide en dos secciones: I. *Las fuentes del antiguo Derecho*, II. *Los factores de la Unificación*. Entre las *Fuentes*, las hay de mucha significación bibliográfica y científica. Así, por ejemplo, la Edición del *Code Theodosianus*, comentado por el gran humanista de la Escuela Culta, Jacobo Godofredo, editado en Mantua (1740-1750), una de las mejores existentes tras la original y póstuma de Lyon, 1665. El Comentario de J. Godofredo (historiador, teólogo, humanista y romanista colosal) ha adquirido con razón renombre universal; la edición de los *Libri XII repetitae praelectionis... Codicis Iustiniani*, aumentada y corregida («*auctior et emendatior*») que apareció como póstuma en Lyon 1662, debida a Dionisio Godofredo (Godofredo el Viejo, padre de Jacobo Godofredo). En realidad, es un desglose de su famosa edición del *Corpus iuris civilis*, de renombre universal, aparecida en Lyon el año 1883. Dionisio Godofredo, menos genial que su hijo, llamó por primera vez a la Codificación de Justiniano, *Corpus iuris civilis*. Como observan los autores del Código, la edición del *Codex Iustiniani* de D. Godofredo se llama del «león mosqueado» por la marca tipográfica que orna la portada. De la edición del *Corpus iuris civilis* de su padre, Jacob Godofredo afirmó, según recuerda Stintzing, que «fue aceptada en todo el orbe y por todos los tribunales»; se ofrece también una edición muy valorada del *Digestum vetus* comentado por Accursio (Venecia, 1575), acorde con la *Littera Florentina* (el más arquetípico manuscrito del Digesto). La *Magna Glossa* o *Glossa Ordinaria* de Accursio fue el «*vademecum*» del *ius commune*, especie de «Biblia» Jurídica que tuvo una difusión enorme tras la aparición de la imprenta. Un monumento gigantesco que comenta casi palabra a palabra los *Libri Iustiniani*, recopilando la glosa del siglo y medio anterior. La obra más creativa de los glosadores es, sin duda, la *Summa Codicis* del genial Azón, usada por todos los tribunales europeos hasta finales del siglo XVII; igualmente significativas son dos ediciones de *les coutumes* de Tolouse (1286) *et leur premier commentaire* (1296); o el *Traité de contrat de constitution de rente; Trité du bail à rente*, que se completan con una Introducción del título XIX de la Costumbre de Orleans (París, Letellier, 1806), de R. J. Pothier. Si bien el Comentario a la Costumbre de Orleans lo escribió en colaboración con M. Prévost de la Jannès y D. Jousse, la *Introduction générale aux coutumes* es obra exclusiva de Pothier. Sin duda es el primer gran «Tratado» del Derecho francés moderno, muy influida por el Derecho romano en todas sus líneas maestras.

En la *segunda parte del primer bloque* con el título de «Los factores de unificación», los autores nos presentan una serie de

obras que se refieren más o menos directamente al afán unificador del Derecho francés que se manifiesta de modo patente y constante desde el siglo XVI hasta los días de la Revolución. Uno de los factores que influyen de modo notable en el éxito de la codificación francesa es el sentimiento siempre renaciente de que era necesario llevarla a cabo para acabar con el caos jurídico del Antiguo Régimen y lograr un Derecho unificado. Costumbres, estatutos, *usus fori*, *consilia*, *derecho Real*, *opinio doctorum*, colecciones de la Glosa, etc., producían una abigarrada estratificación de infinitas normas que anegaban a jueces y prácticos del Derecho en ese «enorme y complejo convoluto que era el ordenamiento Jurídico del Antiguo Régimen» (García de Enterría). El anhelo codificador en la busca de un derecho unificado se observa ya en los viejos humanistas (Hotman, Brisson), late también en las obras de Domat y Pothier, en los Comentarios a las Costumbres francesas y, en especial, a la de París del genial Molinaeus, en los propios ilustrados (Rousseau, Voltaire), en las codificaciones parciales de Colbert y D'Aguesseau.

Entre los factores de unificación encontramos grandes textos que se exhibieron en la Exposición y ahora recoge el Catálogo. A modo de ejemplos: *Ordonnance de Louis XIV...* (París, 1667); *Code de Louis XV...* (n. ed. Grenoble 1773); J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, ed. corrigée et augmentée, París 1768: una edición de *Les lois civiles* muy notable entre las muchas que se hicieron en el siglo XVIII, seguido del *Droit public* y del *Legum delectus* (recopilación de leyes romanas más conocidas), ambas publicadas tras la muerte del autor; Aguesseau, H. F., *Oeuvres complètes* n. ed. aug. et d'un discours préliminaire par M. Pardessus (Versailles, 1819): la obra de este canciller y gran jurisconsulto, más ordenadora y unificadora que verdaderamente sistemática, fue precursora de la codificación napoleónica y se tuvo muy en cuenta en algunos momentos por sus artífices; Pothier, R. J. *Oeuvres...* (Londres 1772); Rousseau, Jean-Jacques, *Considerations sur le gouvernement de Pologne...* (1772), *tome 8 des Oeuvres complètes*, 1790; Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *Oeuvres*, Londres 1772. En Rousseau y Montesquieu se da la paradoja de rechazar la codificación, el primero por incurrir en la utopía de creer codificable no el Derecho positivo, romano o consuetudinario, cuanto los derechos naturales transformados en civiles por el contrato social, pero igualmente generales y abstractos; el segundo, porque al vincular las leyes a las muchas circunstancias que las conforman según épocas y países, la codifica-

ción supone tanto como cortar las corrientes mudables y variadas del fluir de la Historia.

Sin duda, el *Code civil* no hubiera sido posible, al menos como uno de los grandes monumentos jurídicos de todos los tiempos, sin el clima creado por los grandes pensadores del Iluminismo Francés, como D'Alambert, Diderot, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, etc., padres de la democracia occidental y de sus columnas básicas (soberanía popular, división de poderes, derechos fundamentales). Ellos encendieron con sus ideas todo el proceso revolucionario nacido formalmente en el cálido agosto de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y sentaron los sólidos cimientos del Estado liberal burgués nacido de la gran Revolución de las luces. Como se ha escrito «el esencial componente utópico de la Revolución viene, indudablemente, de los ilustrados, pero de manera especial de Rousseau, cuya influencia determinante en la doctrina revolucionaria es bien conocida» (García de Enterría, *La lengua de los Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 22). Es conocida la frase de Lord Acton, de la que disiento: «Rousseau ha producido más efecto con su pluma que Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás o que cualquier hombre que haya vivido». No me parece comparable el ginebrino a ninguno de los cuatro mencionados, ni por su entidad ni por su influencia, aunque esta última sea más llamativa o más tangible, y menos aún por su conducta; tampoco es parangonable a muchos otros gigantes del pensamiento que no se mencionan (un Homero, un Dante, un Kant, un Goethe, un Marx, etc.). Sin por ello quitarle su mérito, que es mucho, a Rousseau. Este «gran sofista», como lo llamó Diderot, se pasó la vida en conflicto permanente con los hombres, con la sociedad, con su familia, con los otros ilustrados, con él mismo... Tenía razón Mme. de Stael al decir de Rousseau que «lo había inflamado todo». Las democracias y los Estados modernos siguen inflamados aún por el autor del *Emilio*.

Es la marcha gloriosa de la libertad que guía al pueblo, según la representó Delacroix, para expresar soberanamente su «voluntad general», y desatar al nuevo ciudadano de las leyes despóticas del Viejo Régimen que le oprimían. Hija de las luces ilustradas, la Revolución rompió todas las fronteras y se universaliza para crear, como dijo Tocqueville, «una patria intelectual común de la que los hombres de todas las naciones han podido hacerse ciudadanos»; en otro pasaje de «El Antiguo Régimen y la Revolución», nos dice el gran pensador político que «la Revolución francesa es una revolución política que inspira el proselitismo, que se predica a los extranjeros tan ardientemente como se realiza en la propia patria». Igual que la Revolución, el Derecho que brota de ella —el *Code civil* en

primer lugar— adquiere ese carácter universal que en otros tiempos ocupó el *ius commune* europeo.

Los autores del Catálogo han reflejado un elenco de obras que se mostraron en la Exposición, pero no se han limitado a plasmarlas. Todas ellas van acompañadas de explicación y de una breve valoración, pero sustanciosa y siempre de gran acierto crítico. Al autor de estas páginas le hubiera gustado sobreabundar en aspectos y comentarios, mientras contempla con devoción científica la «*magna peregrinatio iacobea*», pero entonces tendría que haber escrito un nuevo catálogo adyacente y no una reseña. Dejo, simplemente, constancia de esas reflexiones que sus autores expresan, a modo de glosa, al lado de cada obra y que incrementan notablemente el valor que en sí mismo tiene el Catálogo. Por mi parte, contemplo, reflexiono y dejo constancia por escrito de mis pobres meditaciones.

Finalmente, para concluir mis valoraciones sobre este *primer bloque*, referido a la *Génesis del Código*, quiero detenerme brevemente en los dos verdaderos genitores del *Code civil*: Domat y Pothier. J. Domat, el más sapiente de los juristas franceses del siglo XVII y uno de los más *eximios* de todos los tiempos, llenó el Derecho moderno de contenidos riquísimos con rigor jansenista y método cartesiano. Su influencia fue inmensa hasta finales del siglo XIX y a él debemos buena parte de las categorías jurídicas que actualmente maneja el Derecho privado. Su gran legatario, Pothier, otro jurisconsulto genial, contribuyó sin duda decisivamente a la consolidación del Derecho privado burgués. Si *Les Loix civiles* de Domat son el «prefacio del Código civil napoleónico» (Viollet, *Histoire du Droit civil français*, París, 1905, p. 243), páginas enteras de éste proceden de Pothier, verdadero padre del *Code* (y de figuras importantes del Código civil español), árbitro elegante entre la tradición romanista y el lusnaturalismo racionalista (A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, París, 1969, 143). F. C. von Savigny, cuando dirige sus críticas al Código civil francés, dice del gran jurisconsulto: «estoy muy lejos de menospreciar a Pothier, y creo más bien que la jurisprudencia de un pueblo en el cual hubiera muchos como él estaría muy bien asesorada» (*De la vocación...*, ed. de J. Stern, p. 92).

Domat y Pothier son los verdaderos artífices del *Code civil*, sin los cuales los cuatro emblemáticos juristas que lo redactaron hubieran sacado «otra cosa» y desde luego nunca un Código para doscientos años y lo que venga, auténtico *ius commune* universal por su influencia y *auctoritas*. Domat aportó al texto napoleónico, a través de los tres volúmenes de *Les loix civiles*, el *ordo rationis*, la

sistematización *more geometrico* que alienta en cada artículo, la concepción del Derecho romano no sólo como «razón escrita» (tal como había aprendido de los grandes humanistas de la Universidad de Bourges), sino como «la condensación positiva en la Historia del Derecho Natural». Domat, «el Descartes de la Jurisprudencia», «el último de los cultos... que ofreció al *Code* un diseño arquitectónico como los grandes teóricos y matemáticos del siglo xvii. Él condicionó la forma mental de generaciones de juristas... imponiendo clasificaciones y soluciones inmediatas a problemas concretos» (Tarello). Domat creó el primer Derecho privado burgués dirigido a mercaderes y contratantes en general a través de las páginas de *Las leyes civiles* referidas al Derecho de Obligaciones y Sucesiones. G. Tarello ha insistido con razón en este aspecto, en que la razón jurídica se pone al servicio de la burguesía y sus negocios. La sistemática de *Les loix civiles* procede geoméricamente por medio de definiciones, reglas, principios y demostraciones. Formó las mentes de infinidad de jurisconsultos que le sucedieron (en Francia, ante todo) y su obra fue cardinal en la configuración del *Code*. Amigo íntimo de Pascal, la influencia del gran físico y pensador es muy notable en «el magistrado jansenista de Auvergne» y abogado de Luis XIV. El pascalismo de Domat brindó al texto napoleónico su ordenación racional, su precisión matemática, la armonía del conjunto y la austeridad de su forma. Lo hace a través de la mentalidad jansenista que comparte plenamente con Pascal. El *Code civil* recibe la impronta de esa *forma mentis* del magistrado de Clermont, como se observa en su mesura, sobriedad y la forma en que está escrito. El francés de su estilo lingüístico es el mismo que con exactitud geométrica y sin adornos superfluos utilizó Domat (así era también el latín de la primera edición de las *Leges civiles iuxta naturalem earum ordinem*). Es el francés del jansenista culto, que habla y escribe como Arnauld, Lancelot y Nicole, los grandes lingüistas que redactaron la excelente *Grammaire générale et raisonnée* de Port-Royale. Para los gramáticos de la célebre abadía jansenista, todas las expresiones lingüísticas han de someterse al criterio de la razón. Eso sucedió con el lenguaje y los contenidos de *Les loix civiles* y eso mismo aconteció de nuevo en el *Code civil*. Ambos monumentos jurídicos son un destello de esa infinitud matemática y espacial que aterraba a Pascal, el gran sabio cartesiano hasta cuando se oponía a Descartes, el cristiano más profundo e inquieto de la Edad de la Razón.

Si la sangre de Domat es más lejana, propia de un abuelo, la de Pothier es la del mismo progenitor del *Code civil*. Más de la mitad del texto napoleónico es copia literal en mayor o menor medida del

gran jurista de Orleans. Sin Pothier, el *Code* tal como lo conocemos no existiría o sería, en todo caso, otro ser distinto. La herencia de Domat se hubiera convertido en una nebulosa que se desvanecería antes de llegar el vendaval revolucionario de 1789. *Les loix civiles* serían una nube celeste, muy bella, pero que habría pasado sin descargar su lluvia benéfica sobre el campo de la codificación. Pothier recogió el legado de Domat, le dio consistencia práctica, lo adaptó a la modernidad para prepararlo a las exigencias de la codificación postrevolucionaria, amplió notablemente los horizontes jurídicos institucionales del magistrado de Clermont, se mostró incluso más sistemático que él. Fue un genio de la ordenación racional equilibrada, del sistema, en el mejor sentido cartesiano; de la *reductio ad unum*. Armonizó los derechos más dispares para formar la verdadera unidad del Derecho privado francés. Nadie había logrado antes que él casar sinfónicamente costumbres entre sí, o éstas y el Derecho romano, o una opinión de viejos doctores con decisiones judiciales controvertidas. El *Code* tardó relativamente pocos años en prepararse, a diferencia del español. No sólo porque estuvo constantemente impulsado y presionado por el genio de Bonaparte, que puso en la empresa toda su autoridad y todo su poder (que eran sobreabundantes). En especial, porque encima de la mesa de los jurisconsultos codificadores estaban los dos volúmenes de los Comentarios de Pothier a la *Coutume d'Orleans, sus Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, el *Traité des Obligations*, sin duda la obra que introdujo en la modernidad para siempre esta parte tan compleja y troncal del Derecho civil, «trasplantada como cosa hecha a la Comisión de los cuatro juristas» (A. Cavanna); y otros grandes tratados, que van a configurar la entraña misma del *Code* y todo el Derecho civil de la edad de oro de la codificación y aun de nuestros días. Así, los tratados de la propiedad, de la posesión, de los más variados contratos (esencial el de compraventa), del matrimonio (tan controvertido por la galicana separación entre contrato y sacramento, que preparó el advenimiento del matrimonio civil). No quedó ambiente jurídico, sea del *Droit coutumier*, como del *Droit écrit* que el austero magistrado del Présidial de Orleans no examinara, a veces sin la densidad y originalidad de un Donello, un Molinaeus o un Domat, pero descubriéndolo todo, apoyado incessantemente en los grandes maestros del pasado, a la vez que daba siempre respuesta a los interrogantes de su tiempo.

Pothier, juez y profesor a la vez, que vive setenta y tres años en Orleans, que se levanta a las cinco de la mañana para acudir inmediatamente a misa, y trabajar el resto del día hasta las siete de la tarde (salvo sus horas de comer, sus clases universitarias y sus asis-

tencias al Tribunal). Domat y Pothier, cristianos fervorosos y practicantes, ambos de formación jansenista, almas de bondad y caridad ilimitadas, sabias hasta la médula, tan metódicos y austeros como Kant, pero más humanos y sencillos. Fueron en la práctica los verdaderos forjadores de los «sagrados» derechos de la libertad, igualdad y propiedad del *Code*, sin sangre ni guillotina en la Concordia, sin necesidad de entronizar la Razón en Notre-Dame; derechos sacralizados en los textos constitucionales revolucionarios y fundamento de la Constitución del Año VIII, que puso fin a la Revolución y aceleró la marcha definitiva hasta el *Code Napoléon*. Domat y Pothier, que portaban consigo el Espíritu del Derecho Romano, sí que eran la *razón escrita* que plasmó el *Code Napoléon*, no la razón fanática y cruenta de Saint-Just o Robespierre. La inmensa obra de los dos grandes progenitores del *Code civil* fue el antídoto a la violencia jacobina. Aquella obra imperecedera del gran texto francés procede de dos hombres tímidos, honestos, humildes, cordiales, tolerantes, trabajadores hasta la extenuación. Si Domat prestó al *Code*, entre otros contenidos, el vigor gramatical y lógico de los jansenistas de Port-Royal, Pothier le otorgó la parte más considerable de su conjunto institucional, su claridad tan característica, la envidiable concisión y la fluidez de las proposiciones del articulado, que hacen del *Code* el cauce lingüístico por donde circula un torrente de normas jurídicas que se deslizan cadenciosamente.

B. *Una idea revolucionaria*

La *segunda parte de la Exposición*, con el título «una idea revolucionaria», se divide también en las secciones: I. *El período revolucionario*. II. *Código de 1804*. Con relación al *período revolucionario*, señalan adecuadamente los autores del Catálogo que el culto a la ley es característica de los hombres de 1789. Ese culto devocional es el punto de partida que dará origen a la primera Constitución republicana de 1791 e iniciar tras ella el proceso legislativo que conduzca al deseado Código civil. En este itinerario nos encontramos con una serie de leyes relativas al divorcio, a la igualdad y derechos sucesorios de los hijos o a la abolición del régimen feudal. En esta misma premura legislativa de los revolucionarios han de inscribirse los tres fracasados proyectos del *Code civil* del cónsul Cambacérès (1793, 1794, 1796). Leyes y proyectos de Código están siempre dominados por los cinco derechos que obsesionan a los artífices de la Revolución: libertad, igualdad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Sólo la ley puede tutelarlos adecuadamente y,

además, de modo inflexible pensaban los jacobinos. Nada por encima de la ley, todos sin excepción bajo ella. El culto roussoniano a la ley como expresión de la *voluntad general* se convertirá en verdadera adoración, simbolizada en la diosa Razón, que sustituirá el viejo culto al monarca absoluto del Antiguo Régimen como representante de Dios. El *placitum principis* se reemplaza por la *ratio legis*, que es fruto de la voluntad de los ciudadanos. A partir de estos momentos de convulsión revolucionaria, la ley encarnará el Derecho, que a su vez se condensará en los códigos y éstos serán la verdadera constitución material del Estado liberal de Derecho. Ahí está el fundamento del interminable movimiento exegético decimonónico, que brota y rebrota sin cesar, en nuestros días si cabe aún con más fuerza. El positivismo legalista revolucionario, asumido por la burguesía liberal, hizo una ecuación entre Derecho, ley y código: una trinidad con términos diferentes y un único dios jurídico. Los códigos se convirtieron en textos sacralizados, del mismo modo que los glosadores hicieron con la Compilación de Justiniano («*Templum et Palladium iustitiae*»), verdaderas constituciones nacidas de la razón y de la voluntad general de los ciudadanos. Los Jueces son simples portavoces o siervos del texto legal, hablan siempre por boca de la ley. Como los antiguos Jurisprudentes, que sólo podían glosar o comentar el *Corpus iuris*, pero no apartarse de él o contradecirlo, porque en él se recogía toda la *sapientia legalis*. Así como el Código era inspiración de la diosa Razón, los textos romano-justinianeos se creían inspirados por Dios (*Spiritum Sanctum lucutum fuisse*, llegó a decir Alberico de Rosate en el siglo XIV). Es siempre el drama del Positivismo, de toda forma del mismo: la divinización de la norma y la confianza en la plenitud del ordenamiento jurídico que se identifica con la ley (o con la fuente elegida para su adoración). Cuando Savigny se opone al escrito de Thibaut (que representó el culto a la ley condensada en un Código), está dando origen a un entendimiento del Derecho que acabará desembocando en otro Positivismo: el Positivismo lógico de la ciencia jurídica convertida en culto al concepto. Dos formas de Positivismo que costará mucho erradicar, y nunca del todo. Brotan en cuanto alguien las alienta.

Los actores del Catálogo se refieren a los tres proyectos del cónsul Cambacérès que, por razones políticas, son rechazados por la Asamblea Legislativa. Hay una banalización de Proyectos de *Code*; cualquiera se cree con derecho a presentar el suyo y los fracasos se suceden en serie. Pero todos estos intentos fallidos evidencian que el ideal codificador está muy presente y presiona sin cesar sobre juristas, políticos y revolucionarios en general. Un ideal que surge apenas saltan las primeras chispas de la Revolución. En el

Cahier de 1789 se expresa un deseo cardinal del Tercer Estado: «Será redactado un Código civil simple, preciso y uniforme para todo el reino. Este Código será el de la naturaleza y de la razón...». En realidad, la Revolución tiene empeño en el *Code* no sólo porque representa el culto supremo a la ley y a los principios de la Razón. Es también una forma de romper expresamente con el Derecho del pasado despótico y crear un *ius novum* basado en el reconocimiento de los derechos individuales del ciudadano, como la propiedad, la libertad y la igualdad. Todo cambia: calendario, sistema decimal, matrimonio, religión, educación infantil, propiedad, etc. Es la irrupción revolucionaria del Derecho de la razón que llevaba dos siglos rigiendo en Europa y que, como ha señalado F. Wieacker, ha sido, después del *Corpus iuris*, la fuerza espiritual más poderosa de la Historia del Derecho. Hay una pretensión revolucionaria, que luego retoma Bonaparte, de remover hasta los mismos cimientos de Europa. Napoleón, consciente de los nuevos tiempos que están alumbrando, con su *Code* en la punta de la bayoneta de sus soldados, encontrará el rechazo funesto para él de países como Rusia, Inglaterra o España (aunque no de las ideas ilustradas, que el propio Código representa), pero también el asombro o la admiración de genios universales. Hegel lo llama «el alma del mundo a caballo» tras verlo entrar al frente de sus tropas en Jena (1806), aunque no contemplara el cuadro de David, *Napoleón cruzando San Bernardo*, pintado en 1801; «la mejor encarnación de la voluntad humana», diría Schopenhauer; «el fenómeno más extraordinario que haya producido la historia desde César y Alejandro» exclamó admirado Goethe, quien tras la batalla de Valmy, el 20 de septiembre de 1792, no dudó en decir: «aquí y ahora amanece una nueva era en la historia del mundo». L. von Ranke, a pesar de ver en Napoleón al enemigo que había humillado su Prusia natal, lo consideró el legítimo heredero de la Revolución y el genio que cambiaría los destinos futuros de Europa, «una extraordinaria fuerza humana en la que se concentraban todas las energías vitales», diría el gran historiador. El *Code civil* fue no sólo unas de las grandes energías, sino la más grande que salió del Emperador cuando aún era primer Cónsul.

El magnífico libro en el que se condensa el Catálogo de la Exposición conmemorativa del Bicentenario, refleja una serie de obras de gran significado para la preparación del *Code*, como una edición de George Jellinek, *Les Déclarations des droits de l'homme et du citoyen* (París, 1902), que nos remite al texto constitucional acaso más significativo de la Historia (al menos de Europa), padre de todos los que le siguieron y que «ha partido en dos el curso de la

humanidad» (N. Bobbio); *Cahiers de doléances...* (en «Archives Parlementaires de 1787 à 1860... première serie, 1787 à 1799...»). Son los famosos «Cuadernos de quejas» redactados en 1789 con motivo de las elecciones de los Estados Generales. Precisamente de estos *Cahiers de doléances* tomó buena nota A. F. J. Thibaut, admirador entusiasta de la Revolución Francesa, en su conocida defensa del Código civil general para Alemania en 1814, casi tres meses después de que los aliados entraran en París tras la «Batalla de las Naciones» en Leipzig. El antiguo catedrático de Heidelberg hace un verdadero alegato político-revolucionario «parangonable a los opúsculos de los liberales antes de 1789 y a los *Cahiers généraux* del Tercer Estado» (W. Wilhelm). En las antípodas se colocó F. C. Savigny que, desde su mentalidad conservadora, detestó la Revolución y los viejos *Cahiers de doléances*, y aún más si cabe a Napoleón y a su *Code civil*, «que se infiltró en Alemania y la carcomió sin cesar, como un cáncer» (*Von Beruf...*, p. 2). *Les Cahiers de doléances* sirvieron especialmente para conocer las preocupaciones del pueblo francés en las vísperas de la Revolución durante los meses previos a los Estados Generales de 1789, y contribuyeron —quizás sin pretenderlo— a encender la chispa revolucionaria.

Se presentan también otras obras que reproducen los *Archives Parlementaires* de la Asamblea Nacional Legislativa (1787-1860) y una reproducción facsímil del Proyecto de 1793 del Cónsul Cambacérès, en la edición de París, 1796. Los proyectos de este juriconsulto tuvieron la virtud de preparar el camino hacia el *Code* de 1804, pero nunca satisfacían a la Convención, en unos casos por ser demasiado concisos o no respetar los principios revolucionarios más exaltados; en otros, como el segundo del 23 Fructidor del Año II (1794), por irse al extremo opuesto y carecer de fundamentación histórica (era preciso olvidar las leyes del pasado despótico y corrompido), de forma que se apoya sólo en las Luces de la razón. El tercero del 24 Prairial del Año IV (1796), no mereció discutirse tras la reacción del 9 Thermidor del Año II (27 julio 1794) y la venida del Directorio. Con todo, los caminos se van allanando. Tras el golpe del 18 Brumario del año VIII, comienza el período final hasta 1804. Semanas después del Brumario, Napoleón presentó al pueblo francés la Constitución de 15 de diciembre de 1799 (Constitución del Frimario del Año VIII) con su famosa declaración: «está basada esta Constitución sobre los verdaderos principios del gobierno representativo, sobre los sagrados derechos de la propiedad, la igualdad y la libertad»... y añadió a continuación: «Ciudadanos, la Revolución se basa sobre los principios que la iniciaron. Ha finalizado».

Los autores del Catálogo dedican la *segunda parte del Bloque 2.º* al «*Código de 1804*». Una parte muy lograda por sus excelentes comentarios, que deben leerse para bien saborearse, y por la valía de las obras y grabados que se han impreso. Entre ellos, hay verdaderas joyas históricas, como el *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 2.ª ed. (París, 1807), de J. Maleville. El *Análisis* de Maleville es también otra obra maestra de la época inmediatamente posterior a la publicación del *Code*, y en buena medida heterodoxa por abrir cauces interpretativos a la doctrina y a la jurisprudencia. Por eso no dejó de sobresaltar a Portalis y al propio Napoleón, que creían (como en otra época Justiniano), que todo el Derecho se encerraba en el texto «sagrado» y sólo eran posibles glosas literales, pero no auténticos comentarios; una edición del antológico *Discours préliminaire...* (Bordeaux, 1999), de Portalis; así mismo, unas láminas excelentes que representan momentos estelares de la historia de la codificación civil francesa: *Présentation du Code civil au Conseil d'État...* (París 1865). Aparece Portalis? presentando el proyecto de *Code* ante el Consejo de Estado y frente a él están Cambacérès y Napoleón. Una segunda lámina reproduce la escena de *M. de Fontanes felicitando al Primer Cónsul con motivo de la terminación del Código* (Barcelona, Montaner y Simón, 1879). Louis de Fontanes, gran amigo de Chateaubriand, fue el primer gran maestro de la Universidad Imperial fundada el 17 de mayo de 1808, al que el propio Napoleón elogió dándole la más amplia jurisdicción con asistencia de un Consejo de treinta miembros escogidos con sumo cuidado. Los dos grabados anteriores pertenecen a la *Histoire du Consulat et de l'Empire* (veinte volúmenes aparecidos entre 1845 y 1862) de Adolphe Thiers, ministro durante la monarquía de Luis Felipe y uno de los padres de la Tercera República, admirador incondicional de Napoleón. Su monumental *Histoire* tuvo una enorme acogida popular y contribuyó decisivamente a la pervivencia y expansión de la leyenda napoleónica, a modo de las antiguas *Res gestae*.

Otras obras que aquí se relacionan y formaron parte de la magna Exposición compostelana: *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil...* (París, 1838): comprende *Motifs et Discours* (habidos por los diversos oradores que desfilaron por el Consejo de Estado y el Tribunado) y la *Discussion* de los dos Cuerpos antes de la redacción definitiva de cada Proyecto de Ley. Ambos refunden la obra más amplia de Loqué y del Barón Guillaume J. Favard de L'Anglade; también merece destacarse los *Travaux préparatoires du Code civil*, raseablés por P. A. Fenet, que aquí se refieren al *Naissance du Code civil: la raison du Legis-*

lateur. La obra de Fenet, como señalan los autores, es fundamental para llevar a cabo un estudio minucioso del nacimiento del Código civil francés, elaborado en el decurso de las sesiones en el Consejo de Estado y en el Tribunado. No es sólo una última recopilación magníficamente conformada que pone en conexión los preceptos del *Code* con los cambios que trajo la Revolución y la consolidación tamizada de sus logros. Es también y en buena medida, como explican los comentaristas del Catálogo, una obra que permite «el seguimiento del proceso codificador y la comprensión de la norma en relación con todas las cuestiones que las transformaciones sociales, políticas, económicas y técnicas obligan a reconsiderar el Derecho en un momento dado».

Se exponen a continuación algunas ediciones verdaderamente áureas, pero referidas a las primeras horas en que el texto napoleónico vio la luz, y que los comentaristas del Catálogo explican certeramente. Así, la edición original y única oficial del *Code civil des français*, À. París, An. XII. - 1804. La marca de imprenta es digna de tenerse en cuenta y los autores la aclaran muy bien: la Justicia aparece como noble matrona postrevolucionaria provista de la espada y la balanza de la Equidad (o quizá, digo yo, del platillo del derecho legal suavizado y dirigido por la *aequitas*). El espejo es emblema de la Verdad y la serpiente de la Prudencia. Dos figuras animales: el león, que con su fuerza protege a la Justicia (o quizá, pienso yo, simbolice la virtud de la fortaleza, siempre compañera de la Justicia y su aplicación) y el gallo revolucionario (también puede indicar, entiendo yo, la vigilancia: *ius civile vigilantibus scriptum est*, que dijo Escévolá).

Finalmente, el Catálogo ofrece también un ejemplar de una edición no oficial, pero que pretende competir con aquella mediante la aportación de algunos trabajos preparatorios: *Code civil des français, suivi de l'exposé des motifs...* (París, 1804). El editor advierte que su impresión fue revisada por el Barón Favard de L'Anglade, quien como miembro del Tribunado participó en las discusiones que fueron alumbrando el *Code*. Hay también un ejemplo de la 2.^a edición oficial del texto codificado, que lleva el nombre del Emperador: *Code Napoléon* (París, 1807). El cambio se hace en homenaje a su gran impulsor, que Bigot de Préameneu justifica en atención a que el *Code* ha desbordado las fronteras de Francia y se ha propagado a muchos otros pueblos, de modo que bien puede considerarse, según el mencionado jurisconsulto «*le droit commun de l'Europe*». Desde el año 1814, cuando la estrella del Emperador se empieza a ocultar definitivamente, el título de *Code Napoléon* se abandona, con algún retorno efímero en el

Segundo Imperio. Reconozcamos, no obstante, que esta forma de denominarlo se ha hecho común entre los juristas y no juristas. Al modo como sucede con la Compilación de Justiniano o las Partidas alfonsinas, por ejemplo. La huella de los grandes hombres, como Napoleón, no se extingue jamás y se graba indeleblemente en sus obras inmarchitables, como el *Code civil*.

Los sugestivos y rigurosos comentarios de los autores del Catálogo a las diversas obras, cuya lectura aconsejo vivamente, no me impiden una breve reflexión. Napoleón, obsesionado por la autoridad, la unificación y el imperio de la ley, impulsó la elaboración definitiva del *Code* de modo expeditivo y eficaz. No en vano hay historiadores que piensan que en este texto está su logro más excelso y perdurable. Se proyectó, como las grandes obras de arte de la Humanidad, para que vencieran el tiempo y se propagaran por el mundo. «Visto en su conjunto, el Código civil se debe considerar sobre todo como una gran obra de consolidación, y no como una considerable innovación» (G. Ellis, *Napoleón Bonaparte*, ed. esp., 2004, p. 91). Naturalmente, es difícil innovar con el Derecho romano y el Derecho común a las espaldas, con una tradición, además, de varios siglos de *Droit coutumier*. Pero el *Code* no sólo consolidó y en buena medida innovó. Sobre todo, recreó el Derecho civil y originó un *novum* distinto del *ius commune*, aunque naciera de él. Rompe con los cimientos de la sociedad estamental (vinculaciones, privilegios señoriales, cargas feudales, etc.) y crea un orden nuevo, pero con muchas servidumbres: *propiedad*, derecho natural e imprescriptible, pero absoluta y abusiva; *autonomía contractual* formalmente igualitaria, pero lesiva para el contratante más débil; *Derecho familiar* que admitía el divorcio y el matrimonio civil, pero de rígida sumisión a la potestad del padre por parte de esposa e hijos; *libertad de testar*, pero con un sistema legitimario que troceaba tierra y empresas en mil fragmentos antieconómicos. Así podríamos seguir. En todo caso, el Consulado puso fin a la época revolucionaria y trajo consigo una reacción moderada en cuyo clima fue posible acelerar la preparación del *Code*. Por decreto de los Cónsules de 24 Thermidor del Año VIII (13 agosto 1800), se nombran los cuatro juristas encargados de su redacción. Estos preparan el Proyecto en cuatro meses (explicable únicamente si tenemos en cuenta que detrás de ellos no sólo estaban los anteriores proyectos fracasados, sino Domat y Pothier cuando menos, éste último muy especialmente). Sin embargo, el texto final se hubiera retrasado más de lo que Bonaparte deseaba, de no haber sido porque éste, que presidió más de la mitad de las sesiones –y cuando él no podía, le sustituía el fiel Cambacérès–, depuso los miembros del

Tribunado que le eran adversos el 16 Thermidor del Año X (1802) y suspendió sus discusiones. Cuatro años más transcurrieron aún desde aquel caluroso 24 Thermidor del Año VIII (1800) al 30 ventoso del Año XII (21 marzo 1804), para que las treinta y seis leyes se transformaran en el *Code civil des français*.

Una reflexión final sobre los cuatro juristas emblemáticos que prepararon el Proyecto.

François Denis Tronchet, nacido en 1726, murió octogenario en 1806. Perseguido por el Terror a causa de defender como abogado a Luis XVI. Tras el 18 Brumario, el Senado lo nombró magistrado del Tribunal de Casación. Bonaparte lo designó presidente el 1 Floreal del Año VIII (21 abril 1800) y gozó siempre de la confianza de éste. Fue nombrado presidente de la Comisión redactora del *Code*. Abogado con mucho sentido práctico y buen conocedor del *Droit coutumier*. Él ayudó al primer Cónsul Napoleón a preparar los discursos, debido a las frecuentes intervenciones de aquél en muchos aspectos civiles generales, pero especialmente en cuestiones de Derecho de Familia (matrimonio, divorcio, adopción, patria potestad, poderes maritales, relaciones de filiación). Tronchet fue enterrado en el Panteón de hombres ilustres de Francia.

Félix Bigot de Préameneu nació en Rennes en 1747 y murió en 1825. Tomó parte en el golpe del 18 Brumario y, tras la creación del Consulado, fue nombrado comisario ante el Tribunal de Casación. El 9 Nivoso del año X (30 diciembre 1801) se le designó presidente de la sección de Legislación del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión redactora del Código civil, se mantuvo siempre fiel a Napoleón. Retirado de todas sus funciones tras Waterloo, fue siempre objeto del aprecio general y, entre otras distinciones, fue miembro de la Junta Consultiva de la Legión de Honor. Gran especialista en Derecho consuetudinario, Tronchet y él representaban el *ius proprium* del norte francés. Está enterrado en el famoso cementerio del padre Jesuita Lachaise.

Jacques de Maleville, nació en Domme, el 19 de junio de 1741. Murió el 22 de noviembre de 1824. Tomó parte en la redacción de los *Cahiers de dolénces* y llegó a ser miembro del Tribunal de Casación. Tras el Directorio, fue elegido miembro del Consejo de Ancianos y de la Comisión redactora del Código civil. A él se debe en buena medida el Libro II del *Code* sobre los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad. Su norte y guía fue siempre el Derecho romano, por el que sintió un entusiasmo absoluto. Se sumó a Portalis en su defensa de la indisolubilidad del matrimonio, frente a la mayor laxitud en favor de un divorcio restringido de Tronchet y Bigot de Préameneu. Defendió ardientemente en el

seno de la Comisión la libertad de testar y la conservación del patrimonio dentro del tronco familiar. Su defensa de la familia, como elemento central de la sociedad y del Estado, era proverbial en su época, y de ello dejó testimonio el propio Portalis.

Jean Étienne-Marie Portalis, el más carismático y preparado de los cuatro juristas que elaboraron el *Code*; el alma de la magna empresa que supuso la codificación civil en la Francia postrevolucionaria. Conocía bien el Derecho romano y el *ius commune* francés. Sentía predilección especial por Domat y, como él, tenía un cierto espíritu jansenista, austero, riguroso en sus razonamientos y muy brillante en sus análisis y discursos. De su padre heredó sus firmes convicciones iusnaturalistas y un sólido apoyo en los principios de la Filosofía perenne. Su brillante intelecto y su mismo ser estaban llenos de la luz de su Provenza natal y de la educación cartesiana recibida en el Colegio del Oratorio de Tolón.

Los cuatro juristas recomendados por Cambacérès eran conservadores, educados en el Antiguo Régimen, contrarios al divorcio (especialmente Maleville y Portalis), amantes de las viejas tradiciones y de los principios patriarcales que inspiraban el Derecho de familia. Monárquicos y en nada revolucionarios. Pero se adaptaron bien a los tiempos republicanos y a las nuevas ideas. Napoleón vio en ellos el símbolo de lo mejor que podría conservarse de la rica tradición jurídica francesa y del *novum* que trajo la Revolución. Representaban el equilibrio entre lo viejo y lo nuevo. Eran buenos paradigmas del arte jurídico prudencial, y así lo consideró el Emperador. Hombres ideales para llevar a cabo sin sobresaltos la transición jurídica. Como Jano bifronte, miraban al pasado, pero también al Consulado que traía aires de renovación. Eran hombres que asumieron bien las grandezas y miserias que trajo consigo el 18 Brumario. Portalis había salvado su cabeza de milagro víctima de las iras de Mirabeau y Robespierre. Pero, caído el Terror, no pudo evitar el exilio a Alemania por su militancia en el partido constitucional y su repulsa manifiesta al Directorio. Dos años que le permitieron completar su formación intelectual en contacto con los grandes sabios alemanes. Tras el Brumario, regresa a Francia y a partir de 1800 empieza su carrera ascendente hacia la gloria definitiva. Su lealtad a Napoleón en estos años finales de su vida (muere en 1807), se le premia convirtiéndolo en el coautor más significativo del *Code*. Éste no sería lo que es sin Domat y Pothier, pero tampoco sin Portalis. Fue ministro de Culto en 1804 y en 1806 ingresó en la Academia francesa. Su *Discurso Preliminar* es una pieza antológica de literatura jurídica –y de literatura francesa– no sólo por su belleza idiomática, sino por su rico contenido jurídico. Tra-

ducido a infinidad de idiomas, ningún jurista debería ostentar tal título si no lo ha leído. Es difícil decir mejor lo que es y significa un código civil. Las cenizas de Portalis reposan en el Panteón.

Por lo demás, puede afirmarse que la magnitud de los cuatro jurisconsultos es la propia del *Code* que concluyeron. También sus miserias son una y las mismas. Ellos, con el texto que elaboraron, conjugan conservación y progreso, unidad y pluralidad, autoridad y libertad, el orden de la «razón escrita» y la tradición consuetudinaria. Los viejos ecos del pasado agrario y patriarcal se compensan con las luces que alumbran la nueva burguesía emprendedora y urbana. Los más de doscientos años del texto napoleónico son los mismos de estos cuatros «jinetes del tiempo»: su gloria está unida indisolublemente al *Code* y a *Bonaparte* y, con ellos, cabalgan sobre las edades.

C. *Un siglo de lecturas del Code*

La *tercera parte* de la Exposición con el título que señala este apartado, se divide también en dos secciones contrapuestas: I. *Los ataques al Code*. II *Defensa e interpretación del Code*. En cuanto al apartado I, relativo a las críticas, éstas tuvieron un eco menor, aunque eso sí, procedieron en ocasiones de autores muy relevantes (Savigny, Marx). Los autores del Catálogo agruparon la diversidad de críticas en tres manifestaciones: unas primeras procedentes de los adversarios de la codificación y del propio derecho revolucionario. Dentro de éstas, se comprenden, sobre todo, los ataques particularmente severos de Savigny. En un segundo momento, las críticas se dirigen a partes del *Code* especialmente sensibles, como la familia, y proceden de personas o grupos conservadores, a su vez grandes apologistas católicos (el caso de Louis G. A. Bonald, Joseph de Maistre o de Frédéric Le Play); otros ataques proceden de los movimientos liberales o del socialismo científico (el caso de Marx y algunos autores que le siguieron). Quizá de ellos, las más sinceras y profundas sean las de Savigny, el genio jurídico por antonomasia, el verdadero padre de la ciencia jurídica moderna y cauce transmisor de las corrientes esenciales del Derecho precedente, no sin antes revisarlas, transformarlas y adaptarlas científicamente a los tiempos modernos. Savigny es el padre de la dogmática jurídica y del sistema del Derecho privado actual. No es éste un pensamiento mío, sino de autores tan relevantes como F. Wieacker, W. Schönfeld o K. Larenz, por ejemplo. Pero lo hago propio sin reservas.

Savigny estaba convencido del «déficit» científico del *Code*. Le parecía que un Código, cuyo soporte casi único era Pothier, que sus

autores inmediatos (Bigot de Préameneu, Maleville y Portalis) manifiestan evidentes carencias y errores, no podía servir de ejemplo para llevar a cabo un Código en Alemania. Refiriéndose al asentamiento histórico del *Code*, critica que se prescindiera de autores de gran relieve en la Francia del XVI y no duda en señalar que una literatura jurídica en la que figura sólo Pothier, que es venerado y estudiado casi como una fuente, tiene que producir lástima. Se necesitaba para Alemania no un código emanado de un proceso revolucionario e impuesto desde un poder despótico, sino un cuerpo legal que se engendre lentamente en la vida total del pueblo, se perfeccione con un lenguaje preciso y se encomiende su elaboración final a la ciencia de los juristas.

Tampoco eran desdeñables las críticas que procedían de los grupos socialistas. Es el caso de Marx, que por los años del Manifiesto Comunista y del vendaval revolucionario de la misma época, valoraba la Revolución de 1789 y el *Code* como instrumentos valiosos para enterrar la vieja sociedad feudal. Pero ambos entronizaron a la burguesía capitalista y el *Code* se convirtió en su «expresión legal», de la que fue víctima objeto de explotación el proletariado. El art. 544 del texto napoleónico, pensó Marx, al considerar el derecho de propiedad como derecho absoluto del individuo, consagró el egoísmo y la lucha de clases.

Los ataques de Le Play al *Code* fueron una consecuencia de su consabido carácter ultra conservador. Fue el primer autor que en pleno siglo XIX advirtió de modo muy sonado sobre la crisis de la familia, claro está, de la familia burguesa, jerarquizada, indisoluble, desigual entre sus miembros, atacado por el divorcio, víctima de los nuevos vientos liberales y laicistas que soplaban con fuerza en la segunda mitad del Ochocientos. F. Le Play defendió con verdadera radicalidad la familia monárquica patriarcal, hasta influir incluso en los documentos papales de León XIII. Era el hombre «providencial» que nos retrotrae al modelo familiar del *Discurso Preliminar* de Portalis, cuando la burguesía francesa ve amenazada su ética conservadora por el desarrollo de las ideas agnósticas del proletariado obrero.

Invito a los lectores del Catálogo a que lean pausadamente las páginas comentadas con mucho acierto en las que se presentan obras, como las versiones en alemán y español del famoso e inmortal escrito de Savigny contra Thibaut, que en buena medida inaugura solemnemente la Escuela histórica del Derecho: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; y la traducción de Adolfo G. Posada al español: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la*

ciencia del Derecho, Buenos Aires: Atalaya, 1946; Louis G. A. Bonald, *Del divorcio en el siglo XIX...* Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845. Este hombre de la nobleza, anclado totalmente en el Antiguo Régimen, fue un antidivorcista radical que logró, tras la Restauración, la abolición del divorcio el 8 de mayo de 1816. Aunque más tarde volvería a restablecerse, duró poco una ordenación especialmente cara al Emperador. A su hermano Joaquín, rey de Nápoles, le había advertido: «La norma más relevante de este Código es el divorcio; es su verdadero fundamento. No debéis tocarlo. Es la ley del Estado. Preferiría que Nápoles perteneciese al anterior rey de Sicilia, antes que permitir que se recorte el Código de Napoleón». Le Play, Frédéric, *L'organisation de la famille...*, 1884. F. Le Play, al tratar de demostrar que el *Code* arruina la pequeña unidad familiar, pone al descubierto la idea consabida de que la familia burguesa tiene su origen en esa pequeña propiedad a ella vinculada (artesana, comercial, industrial, agraria). El lucro (la *sacra auri fames*, que asfixia los pechos humanos, como advirtió Virgilio) fue el motor de la sociedad burguesa y de sus instituciones fundamentales, como la familia (Schumpeter). Marx, Karl, *La nouvelle Gazette Rhénane...* (París, 1972), trad. francesa de L. Netter, I, 1 jun-5 sept. 1848, en la que, según observan los autores del Catálogo –y nosotros insistimos–, Marx valora críticamente al *Code Napoléon* como «L'expression legale» de la «société bourgeoise». Precisamente la *Neue Rheinische Zeitung*, fundada por Marx en Colonia durante las revueltas socialistas de 1848, fue cerrada apenas aparecida; Acollas, Emile, *Le mariage: son passé, son présent, son avenir*, París, 1880. Esta obra es especialmente relevante, para mi gusto, pues Acollas fue un republicano acerbamente crítico con el *Code Napoléon*, que lo tachó de autoritario, desigual en el trato de los cónyuges, despótico en el ejercicio del poder paterno-filial y poco respetuoso en la realidad con las libertades que proclamaba en el ámbito contractual, dominical y sucesorio. Sin duda, las críticas de este republicano convencido fueron excesivas y, como dicen bien los autores del Catálogo, «sus ideas, profundamente individualistas, apenas ejercieron influencia en las posteriores críticas socialistas y feministas al *Code*». Pero había un fondo veraz y acertado en sus valoraciones. El sentido de autoridad, rigorismo legal, sumisión de la esposa al marido y de los hijos a éste, la misma disposición abusiva de la propiedad casi siempre en manos del varón, formaban parte sustancial del ser mismo del *Code Napoléon*. Mujer, hijos y bienes son, en el fondo, patrimonio del marido y el derecho hereditario prolongaba esa *manus* más allá de la muerte. En buena medida la libertad

contractual burguesa y la propiedad ilimitada como fruto de aquélla, eran una traducción de la *potestas* familiar del varón. Es conocida la frase del Emperador que lo revela todo: el marido puede decir a su mujer: «señora, podéis entrar o salir; señora, podéis ir a la comedia; señora, me pertenecéis en cuerpo y alma». Preso en Santa Elena, aún repetía en 1817: «Las mujeres... no deberían ser consideradas iguales a los hombres, sino meras máquinas para fabricar niños». La misma idea que en 1799 manifestó a Madame Staël en casa de Tallegand: «la mujer más grande es la que haya tenido más hijos».

La segunda parte del tercer bloque es de mayor extensión y se refiere a la faceta opuesta a la primera parte reseñada: *Defensa e interpretación del Code*. Los autores del Catálogo hacen análisis muy adecuados de las diversas obras que se relacionan de escritores, casi todos exégetas del *Code*. Éstos también, como los antiguos glosadores respecto del *Corpus iuris* justiniano, hicieron del texto napoleónico una «biblia», del mismo modo que los hombres de negocios de la burguesía lo llevan en su equipaje de viaje como solución a mano de sus asuntos jurídicos. Napoleón, cual otro Justiniano, era el hombre providencial a través del cual habló la diosa Justicia a los modernos. La divinización de Emperador, manifestada sin reservas por algunas mentes preclaras de la época («compendio del mundo», «casi un dios», diría Goethe; modelo del «superhombre», afirmó Nietzsche; «astro que ilumina la pequeña escena en que nos movemos los mortales», escribió en sus *Memoorias de Ultratumba* Chateaubriand), se corresponde con la propia mitificación de su obra más perdurable, el *Code*. Dentro y fuera de Francia abundaron los «glosadores», pero de inferior categoría a los boloñeses, que mostraron su veneración al ídolo de 1804. Los autores del Catálogo relacionan una serie de obras, bien editadas, que ellos comentan con brevedad, pero con acierto. Ahí aparecen, como ejemplos, los grandes representantes de la Exégesis, que sacralizaron el texto napoleónico hasta empobrecerlo. Fueron cultivadores del más crudo positivismo legalista, mientras olvidaban el entorno social, la riqueza del pasado histórico, la creatividad de una ciencia progresiva; no cayeron en la cuenta de que era menester transitar por los artículos del *Code*, pero sin quedarse detenido complacidamente en ellos. Así, en esta *segunda parte* aparecen obras de Mignet, *Antonio Pérez et Philippe II* (París, 1846), para quien el Código civil francés era «la ley más razonable, más clara y justa que un país haya nunca poseído»; la obra de Adolphe Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*. Thiers fue el gran glorificador de Napoleón y de su obra el *Code civil*, «código del mundo civili-

zado». Sus veinte volúmenes de la *Histoire* tuvieron una gran aceptación popular. Tras ella se ocultaba el sueño napoleónico, según Thiers, de construir un «imperio universal», en el que regiría el *Code*, «*impossible de faire autrement ni mieux*». Los autores del Catálogo valoran una serie de obras de algunos exégetas del *Code* especialmente destacados: Delvincourt, Merlin, Toullier, Proudhon y, sobre todos, los que más suele utilizar la doctrina, a su vez, también los más glosificadores del texto napoleónico y los que en mayor medida esterilizaron la ciencia jurídica y el progreso de la misma Francia. Fueron, en mi opinión, grandes desertificadores no sólo del propio Código civil sino del gran vergel jurídico galo cuidado con esmero desde el Humanismo de la Universidad de Bourges («mos gallicus», con nombres como Cuyacio, Duareno, Hotman, Donello, J. Godofredo, Faber, etc.), Molinaeus, Bourjon, Domat, Pothier, los mismos juristas napoleónicos, y así sucesivamente. Ese proceso de desecación jurídica se llevó a cabo por juristas como Troplong, Duranton, Demolombe, Mercadé, Mourlon, Laurent, y se detiene en parte con Aubry y Rau, los famosos profesores de Estrasburgo, herederos del pensamiento del gran jurista alemán Karl Salomo Zachariae von Lingenthal, Profesor Ordinario de la Universidad de Heidelberg. Zachariae es plenamente consciente de que el *Code* llevado a Alemania por las armas napoleónicas no se rechaza tras la batalla de las Naciones (16 octubre 1813), y sigue vigente en varios territorios alemanes. Se llega incluso a valorar como «Derecho General de Europa, especialmente en Alemania» (Reitemeir tituló así su libro en 1809). Zachariae publicó su famoso *Handbuch des französischen Civilrechts* en 1808, que representó el triunfo científico del *Code*, mediante su implicación en un sistema de Derecho civil construido con planteamientos romanistas y doctrinales al estilo del que se empezó a elaborar en Alemania tras Savigny y sus continuadores. Eso sí, con una concepción más práctica y finalista que la que traerían los pandectistas. Aubry y Rau llevaron a su Universidad de Estrasburgo ese espíritu renovador de la pura Exégesis, formados en el método de Zachariae y en la práctica jurídica como magistrados de la *Cour de Cassation*. En buena medida, el *Code* adquiere con ellos una nueva savia que lo eleva de rango, como en su día hicieron (salvando las profundas diferencias histórico-metodológicas) los comentaristas del *mos italicus* con la Compilación de Justiniano. Aubry y Rau, alimentados con el pensamiento del maestro alemán, fueron al menos formalmente seguidores de la Exégesis, pero fueron también los únicos que desde dentro rompieron con su estéril positivismo y su culto absoluto al Código civil. Mostraron el lado práctico

del Derecho, el razonamiento doctrinal y una sistematización equilibrada en su conocido *Cours de droit civil d'après le méthode de Zachariae*, publicado en 1838. Unieron su preocupación por los problemas reales a una ponderada reflexión filosófica. Prepararon el cambio hacia la gran ciencia francesa del siglo XX, que se inició con tres grandes figuras: Lambert, Geny (éste, sobre todo) y Saleilles. Geny representó, frente a la esterilidad del legalismo exegético, el triunfo de un *ius novum* similar a los grandes movimientos metodológicos enfrentados al conceptualismo pandectista alemán (que acabó en otras formas de Positivismo, racionalista o lógico-deductivo), como «la Escuela del Derecho libre» (Bülow, Kantorowicz), «la Escuela Sociológica» (E. Ehrlich) o «la Jurisprudencia de intereses» (de Ph. Heck y el grupo de Tubinga). Esta última, por sus consecuencias liberadoras de la tiranía conceptual y fecundas para la jurisprudencia de los tribunales, tiene un paralelismo en la obra que realizó en Francia Fr. Geny y especialmente en su *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, aunque todas las obras de este gran jurista, y no sólo el *Méthode*, tienen un relieve bastante más científico y, como reconoce el propio Larenz, no sólo orienta la mirada de los juristas a los hechos sociales, sino que, al mismo tiempo, exige apreciar éstos a la luz de aquellos principios que están dados en la «naturaleza moral» del hombre (*Metodología*, trad. esp. por R. Molinero, p. 75, n. 40).

Me permito, como apostilla final a esta parte tercera del Catálogo, tan bien ilustrada y comentada que sólo por ella merecería poseerse, hacer una reflexión final sobre la Exégesis francesa decimonónica, movimiento que, en mi criterio, sólo revela –salvo oasis muy reconfortantes– aridez y esterilidad científica del Derecho. «La cohorte exegética al menos ha pecado de pereza intelectual, dominada como está por una psicología no activa, y ha ofrecido una visión elemental y simplista, es decir, sustancialmente aproblemática, del universo jurídico, y ha impedido, así, cualquier percepción de la mutación y del movimiento» (P. Grossi).

El método exegético francés está conectado a un Positivismo miope. Se aleja de la espontaneidad jurídica, del constante fluir de los acontecimientos vitales y se petrifica en su mismo culto a la ley, menos cambiante que las exigencias sociales regulables. En realidad es una pura consecuencia de las implicaciones ideológicas que acompañan la publicación del Código de Napoleón. Este supuso la versión positiva de la conciencia racionalista, el cartesianismo de Domat expresado en artículos, en suma, la consagración del Iluminismo y, con él, de los postulados *a priori* de la razón. Su perfección, como esquema ideal de líneas geométricas, lo hacía válido

para servir de modelo a cualquier país. En todo caso, para seguir su mismo ejemplo. De ahí el entusiasmo de Thibaut frente a Savigny por conseguir para Alemania una legislación civil simple y uniforme que, haciendo abstracción de la realidad social, derive sus normas de principios racionales inmovibles. La diosa Razón había encontrado en el *Code* su mejor empuje. Por tanto, todo el Derecho se esconde en sus preceptos legales, no vale la pena ir más allá. Jamás se pudo encontrar una mayor fusión del Iusnaturalismo racionalista con el Positivismo y, como ha señalado Bonnacase, su mejor conocedor, jamás Escuela alguna, en el sentido científico del término, hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática.

El movimiento exegético perdura a lo largo del siglo XIX y bajo él se agrupan muchos de los juristas franceses y algunos no franceses, belgas, sobre todo, como el corifeo de ese movimiento que fue François Laurent, según afirma P. Grossi. El lema de la Exégesis se compendia en la legendaria frase del profesor Bugnet: «No conozco el Derecho civil, enseño el Código de Napoleón». Lo que indica, ideológicamente, un respeto absoluto al texto legal. Como posición metodológica, el jurisconsulto debe limitarse a explicar y aclarar la voluntad del legislador, fuente de la que emana toda la organización jurídico-civil. Su misión se reduce a comentar los preceptos legales del Código de Napoleón. En cierta fase de la Exégesis –con el *Cours de Droit civil* de Aubry y Rau– el método adquiere un matiz científico-filosófico de forma que, sin infidelidad a la voluntad del legislador, «preparan su obra según un plan racional que les permite presentar en forma original el aspecto de la vida social, objeto de la reglamentación del código». Es el llamado por Bonnacasse «método sintético», practicado excepcionalmente por los partidarios de la Escuela de la Exégesis.

La Exégesis, como método, acabó exhausta. Había transcurrido un siglo y el *Code* con su «santidad intangible» quedaba viejo. Sobre todo, la interpretación necesitaba dosis de ciencia que no recibía por fidelidad al estandarte de la Escuela. Fue unilateral desde el momento en que Derecho y ley se identificaban, sin posibilidad de exorbitar los límites normales de la voluntad del legislador. En toda Europa, especialmente en Alemania e Italia, nuevas orientaciones metódicas preparaban una ciencia jurídica de más vuelos. La Exégesis se empequeñecía en sus resultados positivos y recordaba «la piragua india al lado de la nave de guerra moderna que suponía la elaboración científica del Derecho», según afirmación un tanto exagerada de Maggiore «*La dottrina del metodo giuridico...* RIFD, 1926, p. 367).

Con la Escuela científica francesa, la Exégesis recibe el golpe de muerte. En 1899 Geny, representante máximo de aquella dirección, publica su obra magistral *méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. Especie de manifiesto renovador contra los métodos en boga, incluido el conceptualismo jurídico, otorga al Derecho una visión nueva particularmente en el ámbito de la elaboración metodológica. Su actitud es una oposición decidida contra el raquitismo jurídico, contra las decantaciones que el Derecho había experimentado por obra de exégetas y positivistas. Uno de los mayores intentos por situar la ciencia jurídica a la altura que le corresponde, sobre todo, por comprenderla en todas sus implicaciones, fundamentos y alcance. Geny señala las deficiencias del método interpretativo tradicional con su culto absorbente a la ley escrita. La ley, nos dice este gran civilista, es una «revelación imperfecta» de un enorme continente sumergido que es el Derecho mismo; ella no es otra cosa que «una información muy limitada del Derecho». De ahí la necesidad de acudir a otras fuentes formales –costumbre, mandatos de autoridad, tradición, jurisprudencia práctica– y, sobre todo, cuando éstas se muestran deficientes, es preciso recurrir a la *libre investigación científica* del Derecho. Ésta no se halla mediatizada por ingerencias positivas, sino que apela a las bases mismas de la justicia que residen en nuestra naturaleza e indaga en la naturaleza de las cosas, en los principios que residen en la personalidad moral del hombre y analiza los fenómenos sociales. Su elaboración científica se coloca en esa situación omnicomprendensiva que abarca el dato, el problema y su valoración a la luz de criterios justos. De ahí la insuficiencia, que él señala, del método interpretativo como simple adaptación de la ley a las situaciones concretas. Partiendo del análisis de la realidad jurídica y su problemática –se ha dicho– con la ayuda de un saber más general, Geny trata de penetrar en el «centro del gran misterio del Derecho», por los caminos combinados del pensamiento y la acción (A. Hernández-Gil).

Geny despertó a los juristas en las postrimerías del siglo XIX de la somnolencia en que les había colocado el culto absoluto a la ley y a los Códigos que la encarnaban (al *Code*, sobre todo), y a todos los cultos absolutos y unilaterales sean el Estado legislador, el concepto o el precedente, que intentan monopolizar la compleja realidad jurídica. El Derecho no está únicamente en la ley, sino también en los elementos vivos de la costumbre, de la ciencia jurídica libremente investigada y en la actividad interpretativa del Juez que no es sólo exegética, sino creativa.

D. *Influencias del Code en la Codificación civil en España*

Como hemos señalado, el cuarto bloque del Catálogo se refiere al *Code civil* y su influencia en nuestro proceso codificador civil. Para nadie es un misterio la repercusión del *Code civil* en nuestro texto de 1889, sobre todo a través del influjo innegable del Proyecto Isabelino de 1851. Los autores del Catálogo han tenido una muy buena idea dedicando la última parte de la misma a exponer un plantel de obras con sus comentarios adyacentes relativos a las mismas, o a la ósmosis y trasvases de ideas e instituciones procedentes de la codificación napoleónica. Puede decirse que en muchos recodos de nuestro Código civil palpita el espíritu o la letra del texto napoleónico, reflejados en una variedad de artículos. Debe, por otra parte, reconocerse su carácter inevitable. España estuvo siempre próxima a Francia, no sólo geográficamente, y las vicisitudes históricas de ambas naciones se cruzaron incesantemente, a veces con violencia y casi siempre con reticencias, desconfianzas y no pocos desdenes por parte de un pueblo, como el francés, siempre orgulloso de su cultura, que creía superior a las demás, y de su organización política. Era el pueblo de la razón cartesiana, frente al vecino del sur belicoso y pasional. La invasión napoleónica de 1808 estuvo llena de notables prejuicios culturales hacia una España, que el Gran Corso despreciaba considerándola habitada por una turba de desarrapados obedientes a unos frailes exaltados y fanáticos. España, por otra parte, se pobló en el siglo XVIII de muchos afrancesados que soñaban ilusionadamente con las luces de la Ilustración que venían de Francia y sentían desprecio por la incultura generalizada y el retraso en todos los órdenes, junto a la carencia de ideales democráticos y liberales. La Guerra de la Independencia, se ha dicho, trajo unas consecuencias funestas, como el retroceso hispánico en esos mismos proyectos liberales, la división hasta el enfrentamiento entre las elites políticas e intelectuales, el reforzamiento del absolutismo y el retraso lamentable del progreso español contemporáneo (M. Moreno Alonso, *Napoleón, la aventura de España*, Silex, Madrid, 2004). Aunque estos datos negativos no los trajo la Guerra de 1808, sino el imperialismo napoleónico. Aquella gesta creó una España unida, con grandes ideales que se resumen en las Cortes de Cádiz de 1812. El trastorno lo produjo, como siempre, el despotismo del monarca y sus secuaces, los extremismos que engendró, la ausencia de entendimiento entre las facciones políticas y el atraso endémico tanto económico como cultural de una España de campesinos todavía sumida en un régimen feudal.

Sin duda, nuestros padres codificadores tuvieron sobre su mesa las obras de Domat y Pothier o de relevantes autores de la Exégesis, de igual modo que el Anteproyecto belga de Laurent y, por supuesto, el propio *Code civil*, aunque les faltaran las de Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Vázquez de Menchaca o Juan Gutiérrez, por ejemplo, que en su día no fueron inferiores a los mejores clásicos franceses. Salvo los grandes textos legales, como Las Partidas o las Leyes de Toro, la gran ciencia jurídica española de los siglos dorados les resultó alérgica y, en cambio, encontraron más familiar a Troplong, Demolombe o Laurent que a Ramos del Manzano o a Melchor de Valencia. Bien se pone de relieve en el bello Catálogo la innegable influencia jurídica francesa, y sus autores no han dudado en seleccionar con fino olfato algunas de las obras españolas mejores, debidamente comentadas y contextualizadas. También recogen textos constitucionales del siglo XIX o Revistas jurídicas de gran tradición, que en algún caso han sobrevivido hasta el día de hoy. Así, se ofrecen textos muy característicos: Sanz Cid, Carlos, *La Constitución de Bayona...*, Reus Madrid, 1922, emblema de una efímera imposición del Emperador que, como su *Code*, en España no pudo ser. Pero una y otro sembraron una doble influencia jurídica, constitucional y civil. *Constitución política de la monarquía española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812*, que legitimó el movimiento codificador español e instauró en España el régimen democrático liberal, desgraciadamente interrumpido después en varias ocasiones turbulentas y pervertido sin cesar hasta nuestros días; *Proyecto de Código civil...*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821. Una copia del Proyecto de 1821, que quedó incompleto y dejó de lado en buena medida el modelo del texto napoleónico, aunque paradójicamente se inspiraba en la Exégesis. De ahí la preeminencia de la ley sobre cualquier otra fuente. Es un texto que, sin ser infiel a la tradición jurídica española, se revela progresista y liberal. Un Proyecto que revela una línea novedosa dentro del modelo europeo instaurado por el *Code*, atrevido y en buena medida original. Pero va más allá de ser un avance de Código de contenido estrictamente civil; Gorosábel, Pablo de, *Examen de los principios de Derecho civil español*, Tolosa..., 1834, que completa doctrinalmente el llamado Proyecto de Gorosábel (al modo de las «Concordancias» de García Goyena al Proyecto de 1851), un Proyecto endeble, sin pulso, decadente; influido directamente por el *Code*. Es una época de clara miseria científica, consecuencia de la ruindad moral y política que comporta el absolutismo despótico de Fernando VII. Si queda algún norte, ese es únicamente el texto napoleónico. García Goyena, Florencio, *Con-*

cordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español, Madrid, 1812. Esta obra, hermana gemela del Proyecto de 1851, está indisolublemente unida a él. Su autor es a la vez el autor principal del Proyecto. Se ha dicho, con razón, que esta obra en método y en valor se asemeja a los comentarios que Vélez Sarsfield incorporó al Código civil argentino (Castán Vázquez). El Proyecto de 1851 y las *Concordancias* son consustanciales a la historia más profunda, más fundamental del Derecho español. Si el Proyecto Isabelino es el antecedente directo, casi el alma, de nuestro Código civil por mandato legal y hay un antes y un después de 1851 en la evolución jurídica del Derecho civil (y no digamos en el proceso codificador español), las *Concordancias* de García Goyena tienen el significado de interpretación moralmente auténtica del espíritu y disposiciones del Proyecto de 1851 (STS 11 noviembre 1943). Ambos constituyen una obra venerable, aunque sólo fuera por las generaciones de civilistas –y no civilistas– que las han manoseado hasta la náusea. Su evidente inspiración en el *Code*, es hasta cierto punto normal, si tenemos en cuenta que el propio García Goyena conocía la magnitud del texto tenido en aquella época como el Derecho común de los nuevos tiempos. No en vano tuvo que pasar varios años en Francia huyendo de la represión de Fernando VII. El fracaso del Proyecto de 1851 sólo en medida menor se debió a su cacareado afrancesamiento. Hubo causas más eficaces, como el retorno incesante y de continuo apremiando del Derecho foral, las convulsiones políticas y militares que rompían la calma necesaria para llevar a cabo la empresa codificadora, la propiedad, columna de los códigos burgueses, todavía gravada con residuos señoriales. El Proyecto de 1851 fue un buen anticipo del Código civil de 1889 junto con la Ley Hipotecaria de 1861 «verdadero código» (B. Oliver). Ambos textos representaron los momentos culminantes del largo camino de nuestra codificación civil, los que impulsaron decisivamente la empresa final.

Otras obras que se recogen en esta cuarta parte del Catálogo son, por ejemplo, *Las lecciones sobre la historia del gobierno y legislación de España... pronunciadas en el Ateneo de Madrid* en los años 1841 y 1842 del Marqués de Pidal; *La Constitución de la monarquía española de 30 de junio de 1876*, Madrid, 1913 que, como aconteció con la de 1812, estableció la necesidad de unos códigos únicos para toda la monarquía. La Constitución que legitimó el Código civil promulgado bajo su vigencia, inspirado en la ideología conservadora de Cánovas, hecha a la medida –doctrinaria, pragmática y transaccional– de una burguesía que deseaba por encima de todo defender sus empresas y consolidar sus privilegios;

Alonso Martínez, Manuel, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid 1884-1885. Alonso Martínez es sin duda el gran impulsor de la Codificación civil, el que la llevó a feliz término, diríamos, el alma de la misma. Salvando todas las distancias que queramos, evocaría a Cambacérès en la elaboración del *Code*, o a Triboniano en la preparación del *Corpus iuris civilis*. Ciertamente Alonso Martínez estuvo rodeado de buenos jurisconsultos por el lado defensor (Silvela, Gamazo, Cárdenas, Romero Girón, B. Gutiérrez...) y por el acusador (Comas, Durán i Bas, Azcárate...). Pero todos contribuyeron con don Manuel a la cabeza a la preparación o mejoramiento del Código civil, a la vez que nos dejaron constancia de magníficas intervenciones parlamentarias. Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, presidió la Comisión encargada de redactar la Constitución de 1876, de la que es considerado verdadero artífice. Finalmente, hacemos mención de Gutiérrez Fernández, Benito, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, 1881. Sin duda es ésta su obra fundamental, muy elogiada en su tiempo. D. Benito Gutiérrez dio siempre en las discusiones del Código una tonalidad académica, al igual que en la Comisión General de Codificación. La obra citada, *Los Códigos o Estudios fundamentales* (7 volúmenes), es una buena fuente de información del Derecho civil precodificado. Aun reconociendo sus méritos didácticos e ilustrativos, sus lagunas y deficiencias se apoyan en la insuficiente preparación en Derecho europeo histórico y de su época. El belga Laurent era uno de sus apoyos, ciertamente un apoyo no muy consistente. Sus otras obras de Derecho privado tienen también sus valores y quizá sea excesivo el juicio de Ureña que las considera «elementos preparatorios, subordinados o complementarios de sus *Códigos o Estudios fundamentales*».

E. *Confesión, invitación y agradecimientos varios*

La profesora María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García terminan su completa *Introducción* con unas declaraciones que los enaltescen por su honestidad académica y personal. *Confiesan* ser conscientes de las limitaciones de que partían para llevar a buen fin su idea inicial. Han asumido carencias y limitaciones, pero creen –y creen bien– que pesa más el platillo de la balanza donde han situado los beneficios que comporta mostrar al público una parte del patrimonio bibliográfico que posee su Universidad. Reconocen que la Universidad de Santiago es titular de un patrimonio bibliográfico de gran valor antiguo por tratarse de una Institución

académica de larga historia, como otras europeas. Ahora es el momento de quitarles el polvo que los años (más bien los siglos) han acumulado en el lomo de sus infolios al exponerlos al público, pues habitualmente sólo lo hacen los escasos eruditos que tienen la dicha de utilizarlos en sus investigaciones. Es por ello que ambos profesores *invitan* a hojear (y yo añado a *leer*) las páginas del Catálogo para hacerles partícipes de estos pequeños (yo diría mejor *grandes*) tesoros. En ellos encontrarán más de lo que ellos pueden ofrecerles de esta plumada. Por mi parte, itinerante marginal de esta «*peregrinatio*» *bibliográfica y exegetica* («de la buena exégesis azoniana o accursiana»), uno mi voz a esa invitación de los dos autores partícipe de sus mismas ideas y convicciones sobre el Catálogo.

Los *agradecimientos* son múltiples: a los dos profesores que pronunciaron las conferencias inaugurales, Doña Camille Jauffret-Spinosi, Profesora Emérita de Derecho comparado de la Universidad Paris II, y al Profesor D. Luis Díez Picazo y Ponce de León, Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid. Al profesor Díez-Picazo le tributan doble gratitud, por la conferencia inaugural y por haber escrito el Prólogo con «atinadas reflexiones sobre el *Code* en el frontispicio de este Catálogo». Agradecimiento a los profesores y autoridades que les acompañaron en la inauguración de la Exposición, en especial a los amigos incondicionales, los Catedráticos de Derecho civil, Teodora Torres García, (ésta última, además, maestra de María Paz García Rubio) y Antonio Manuel Morales Moreno. Los agradecimientos se extienden a autoridades francesas y personal de la Embajada francesa en España, Vicerrectora de Extensión Cultural y Servicios, Profesores D. Pedro Ortego Gil y D. Javier d'Ors Luis, Departamentos de Derecho común y Filología Francesa e Italiana de la Universidad, y con marcado énfasis transmiten su más cálido agradecimiento al personal de la Biblioteca Concepción Arenal. Sin todos ellos, concluyen García Rubio y Méndez García, nada hubiera sido posible.

3. REFLEXIÓN FINAL, A MODO DE EPÍLOGO, POR ESTE OBSERVADOR NADA IMPARCIAL DE LA «GRAN PEREGRINACIÓN BIBLIOGRÁFICA JACOBEA»

Los juristas franceses, con ocasión del Bicentenario del *Code*, habrán reflexionado sin duda sobre multitud de aspectos del viejo texto napoleónico. La gran historia de aquellos días revolucionarios, del Consulado y del Imperio, teñidos de sangre fran-

cesa y europea, así como los acontecimientos posteriores que trajeron su causa en esos tiempos tan convulsos, pero esperanzadores, les habrá dado que pensar. Colocándome en su lugar (al fin y al cabo yo mismo aporté con el profesor Cuadrado mi grano de arena al magno acontecimiento en el *Prólogo* a la 4.^a edición del Código civil, Ed. Dykinson), se me ocurren tres ideas. La *primera*, que el *Code civil* tan glorificado hasta el punto de reconocerlo como la auténtica Constitución civil de Francia, Gramática del Derecho francés, símbolo del *civil Law* frente al *common Law*, nació ya viejo en su tiempo. Eso le sucedió al nuestro de 1889 y al alemán de 1896, pero lo sorprendente es que le ocurriera un siglo antes al Código que nació de la Razón revolucionaria todavía con salpicaduras de sangre y compases de Marsellesa. En efecto, la propiedad nunca debió ser absoluta (aún más que en el Derecho romano); la libertad contractual esconde una evidente desigualdad entre las partes y resultó dañina para las clases más débiles, que eran la inmensa mayoría; la familia era una institución jerárquica en la que el *paterfamilias* ejercía la doble potestad paterno-filial y marital no sólo en el ámbito personal, sino patrimonial, con hijos discriminados por su generación intra o extramatrimonial, con prohibición de la investigación de la paternidad; «el matrimonio civil y el divorcio tenían un marcado sesgo patriarcal» (G. Ellis). El *Code*, se ha dicho, fue ante todo la organización de un tipo de familia al servicio de la clase social que se había enriquecido durante la Revolución con la venta de los bienes nacionales y que deseaba establecer una legislación *ad hoc* para consagrar este enriquecimiento (Andrée Michel, *La familia, institución histórica y cultural*, «la familia, diálogo recuperable», Madrid, 1976, p. 19); la responsabilidad civil subjetiva y sin presunción de culpa en el dañador es una exención que otorgó el *Code* al capitalismo burgués, el principal creador de riqueza pero también de daños. La carga de la prueba se trasladaba a la víctima, a menudo trabajadores sin recursos, mientras el dañador se escudaba para no responder en el caso fortuito; el sistema particional y legitimario del Derecho sucesorio dividió tierras y negocios, creó minifundios que trocearon la agricultura y empresas en unos casos fracturadas, en otros indivisas que sólo originaban pleitos e insolvencia. Son, entre otras más, las servidumbres de un *Code* que asumió muchos postulados del individualismo liberal, alejado de problemas sociales, de las clases más desfavorecidas (tan abundantes en aquella época), que redujo a niveles inferiores el papel de hijos discapacitados, menores y mujeres en el ámbito perso-

nal y familiar; hostil a las personas jurídicas, tan desarrolladas en el pasado en forma de asociaciones, corporaciones y fundaciones, meramente necesarias para los planes de la incipiente burguesía. Por no hablar de la tutela de familia, con todos sus graves inconvenientes (ineficacia, abusos, lucros a costa del patrimonio del llamado pupilo), hoy afortunadamente resueltos porque el Consejo de familia está sometido al Juez de tutela. Aún así, continúa siendo una institución fundamental (arts. 407 ss. *Code*).

En *segundo lugar*, los juristas franceses son conscientes de que el *Code* no sólo ha desaparecido en más de su mitad, sino de que la parte que de él resta está envejecida y se torna cada día más inservible. Lo mismo que nos acontece con nuestro texto de 1889. Ahora si que es verdad, y no cuando Maleville escribió su *Analyse raisonnée*, el grito de «*Mon Code est perdu*». Es evidente que los franceses no se resignan con facilidad a perder su «*Fleur de la culture française*», el vástago predilecto de la Razón ilustrada. Es tanto como remover la tumba de Domat, los *ossa humiliata* de Pothier en la catedral de Orleans o las cenizas de Portalis en el Panteón. Sería como liquidar los ecos más sagrados de la Revolución de 1789. He ahí su problema: hacer un Código nuevo, pero dejando intacto el espíritu del viejo texto, o modificar lo que aún queda (o gran parte de él), pero de modo que no se extingan las ondas que brotaron del 18 Brumario y empezaron a propagarse con fuerza cuando se estrenaba la primavera de 1804. Es menester cambiar el *Code*, quizá hacer uno nuevo, pero sin que el sueño eterno de Napoleón se perturbe demasiado en los Inválidos. Por eso no es de extrañar que muchos civilistas huyan del Código europeo volviendo a las antiguas razones de Savigny. De ese modo siguen refugiados en lo suyo, con reformas o sin ellas: «El Derecho europeo expresa el más exacerbado positivismo jurídico, descansa en innumerables reglamentos» (Oppetit); se defiende la esfera de la intimidad jurídica nacional, la lengua propia, el propio Código que es un monumento del Derecho (Cornu); «El Derecho se inscribe infaliblemente en una lengua, participa inevitablemente de una cultura y emerge de una tradición» (Legrand, Lequete), que nos resuena literalmente al *vom Beruf* de Savigny. El tema está bien analizado por García Cantero en su *Bicentenario festivo del Code civil*.

En *tercer lugar*, la doctrina francesa, como la del resto de la Unión Europea, está ahora interpelada por el Código civil europeo (al menos en algunos sectores fundamentales, como el Derecho de la Constitución), que reemplace o se superponga a los derechos civiles nacionales. Sin duda, hay muchos autores franceses que se

apuntan a este nuevo Derecho común europeo, pero sin renunciar al Derecho propio, con dudas y reticencias, ponderando las muchas dificultades. No faltan, en todo caso, los más europeístas, que prevén, como Tallon, la desaparición de los códigos civiles y hasta del *common Law*, víctimas de ese Código civil europeo (*vid.* de nuevo García Cantero, *Bicentenario...*, p. 263). Volvemos de nuevo, como apunta Witz, al debate entre dos escuelas, el *clan de Savigny* y el *clan de Thibaut* respecto al Código civil de Europa.

¿Qué concluir? Los Códigos no son sólo la más colosal operación de política del derecho en todo el arco de la Historia jurídica occidental (Grossi), son también una semilla que germina incesantemente, que experimenta una constante palingenesia. En la era de la globalización planetaria, renace continuamente el movimiento codificador. Por eso, es incorrecto hablar de «descodificación» o de «era postcodificadora», por el sencillo motivo de que nunca se dejó de codificar. Tampoco tiene mucho sentido referirse a la *recodificación* como a *à droit constant*, pues el movimiento codificador no es un derecho, sino una tendencia renaciente que brota de manera espontánea desde antes de la vieja polémica de Thibaut-Savigny en el seno de las sociedades modernas. Especie de aguijón que ha punzado en todos los tiempos y lugares a los juristas con vocación sistemática, aunque no siempre el proyecto superara la fase recopiladora. Aún tiene menos sentido referirse a la codificación como una idea *anciènne et archaïque* que no se corresponde con las nuevas necesidades de Europa (Malaurie). El afán codificador retorna incesantemente en los dos últimos siglos y ello prueba su eterna juventud y su capacidad para crear códigos que se corresponden con las exigencias de cada momento histórico. En el siglo xx, que ya no era el siglo codificador por antonomasia, aparecieron códigos importantes (por citar, como ejemplos, el suizo de 1907, el griego de 1940, el italiano de 1942, el portugués de 1966, el holandés de 1992, el de Quebec de 1994...), y ahora mismo, ya en el siglo xxi, ahí está el Código civil de Brasil de 2002. Ciertamente, los códigos de nuestra época se confeccionan con más lentitud, pues vivimos días de gran complejidad política, social y económica, y las instituciones jurídicas se han multiplicado, muchas han experimentado alteraciones sustanciales; al mismo tiempo, las leyes y sentencias de los tribunales, estableciendo aquí y allá criterios nuevos, copiosas y muchas veces enmarañadas, no cesan de abrumarnos. Por otra parte, la doctrina científica es sobreabundante y hay que proceder a una continua selección. Sin duda vivimos una época de hipertrofia jurídica nacional, autonómica y comunitaria. No se puede codificar apre-

suradamente, lo impide el vértigo que experimentan nuestras sociedades tan sobretecnificadas. Con todo, tenemos pruebas suficientes de que la pasión codificadora no cesa en la actualidad. En algún trabajo lo he puesto de relieve.

Va a ser cierto aquello que leíamos hace muchos años en las *Instituciones* de Ruggiero y que Castán citaba oportunamente: «el fenómeno codificador se repite tan frecuentemente en la historia de la cultura humana, que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica». Pero en la actualidad, la codificación no puede reducirse, como escribió Portalis, a establecer principios generales sin perderse en cuestiones de detalle, porque la complejidad de nuestro mundo jurídico lo impide. Codificar materias como el Derecho de consumidores, *Restitution und Bereicherungsungleich* o el Derecho de daños y, en general, el Derecho de contratos, por ejemplo, no es sólo cuestión de formular bien unos principios, sino de responder a interrogantes arduos de las modernas sociedades neoliberales. El viejo sueño de Leibniz, que pedía con insistencia un código breve y claro, me temo que hoy es casi imposible. Imaginarnos, como se propugna, un Código europeo común de Derecho privado, incluso códigos puramente sectoriales o territoriales, es tanto como volver a los antiguos modelos recopilatorios, quizás corregidos y no aumentados. Presiento que a muchos de los codificadores actuales les faltan las cualidades que exigía Savigny para llevar a término un buen código: capacidad histórica, preparación sistemática y un correcto lenguaje jurídico. Aun suponiendo que un buen número de ellos las posean, no son proclives a su aplicación porque entienden que en nuestro tiempo la vocación codificadora requiere otras cualidades, (pragmatismo, captación de realidades inmediatas, adaptación a los cambios incesantes, ilación total del derecho con el mercado y la economía, intervención de juristas preparados científicamente y de juristas prácticos, etc.). Es evidente, sin embargo, que la era presente, la era del *homo digitalis*, tan compleja y evolucionada, nos obliga a pensar en otro modelo de código, distinto del que engendró el movimiento codificador clásico. Igual que a un largo período histórico correspondió el modelo de Compilación (en algunos momentos de insuperable excelitud, v. gr.; *Corpus iuris civilis*, Las Partidas), al que reemplazaron los códigos elaborados *more geometrico* (v. gr.; el Código civil francés, el Código civil alemán) y a estos siguieron los códigos del Estado social de Derecho (v. gr.; italiano de 1942, portugués de 1966), ahora se requieren códigos al modo del holandés, concebidos *more oeconomico o more mercatorio*, que satisfagan la insaciabilidad del *homo consumens* sin preterir los principios jurí-

dicos tradicionales mejor conservados en el Derecho comparado o de perenne significación histórica. La Codificación moderna, a diferencia de la tradicional, tiene que conciliar *civil Law* y *common Law*. El derecho continental, si quiere engendrar un nuevo *ius commune* europeo, no puede ser excluyente, sino abierto a otros ordenamientos de todo punto imprescindibles. Abierto ante todo a las relaciones entre los propios derechos continentales, «distanciados unos de otros y poco acostumbrados a discutir sus propios conceptos jurídicos» (Fauvarque-Cosson).

Pero el problema de fondo, el principal obstáculo a la Codificación común es la desvertebración, la alienación o «el rapto de Europa», por otro nuevo Zeus, según el título de la obra magistral de Luis Díez del Corral. Por eso, un auténtico Código europeo es casi imposible por faltar el protagonista principal: La Europa animada por el espíritu de su Cultura, su Religión, sus grandes hombres, la Europa de la Razón. Europa pierde identidad, así como la robustez intelectual y moral formada en el decurso de los siglos y se convierte en un «conflicto multicultural». La fe en la Europa de las cuatro columnas marmóreas que la sustentaron (griega, romana, cristiana e ilustrada), es cada vez más débil. Es seguro que llegará a elaborarse un Código aceptable. Intentos no faltan en los momentos actuales. Pero será un Código de mercaderes, consumidores y hombres de negocios. Lo que no está mal. Pero no será el Código del «hombre y del ciudadano» europeo. Asumo sin dudar el pensamiento de B. Makesinis, siguiendo ideas de autores franceses, como Carbonnier y Halpérin: «El Código de 1804 fue redactado en el momento oportuno, después de la debida reflexión, indecisión, incluso dilación; fue el producto de muchas mentes que no pensaban en términos de teorías sino en términos de lo que funcionaba; que sus redactores sabían que presentarlo en un estilo atractivo ayudaría a promover su durabilidad y su exportabilidad. Ellos también eran conscientes del hecho de que la reforma dura mucho más tiempo si consigue una adecuada mezcla de lo antiguo y lo nuevo. Sus redactores, en pocas palabras, encarnaron sus virtudes cardinales, y éstas eran precisamente tanto políticas como jurídicas. Por otra parte, cuando este Código fue exportado, con el apoyo de las bayonetas de Napoleón, tenía, la mayoría de las veces, que ser adaptado y modificado antes de que fuera asumido por los estados “importadores”».

Ninguna de las virtudes que se encuentran en el modo en que el Código Napoleónico fue redactado –prosigue Makesinis– se puede encontrar en ninguno de los proyectos europeos actuales ni, de un modo especial, en el que de forma resumida ha sido examinado en

este ensayo (el texto de von Bar). Y es así porque esos proyectos, al menos en su actual extensión, son doctrinales en su concepción, excesivos en su amplitud, y prematuros en su elección del momento oportuno. Un motivo adicional es que no parecen expresar un consenso construido de abajo a arriba sino un intento académico, con alguna ayuda de los euroburócratas, para producir una síntesis técnica en la parte más alta y entonces imponerla hacia abajo en una Europa que ¡ay! todavía no está preparada para pensar a la europea».

El *Code* fue posible por la nueva era que inaugura la Revolución, la ciencia jurídica que lo avaló, además del genio y la *auctoritas* de Bonaparte. Pero fue posible, sobre todo, porque los ciudadanos que salieron de la Revolución y atravesaron el 18 Brumario tenían un mismo sentir, unas sendas comunes y unos criterios convergentes en orden a las ideas cardinales que debían informar el Código civil. Los proyectos del Código de la Europa actual tienen poco que ver con aquel bello sueño de la noche estrellada que transcurre entre el 15 de diciembre de 1799, en que Napoleón presentó la Constitución del Año VIII y da por concluida la Revolución, y el 21 de marzo de 1804, el *dies natalis* del *Code civil*. La Europa de hoy, que se ha quedado sin los sueños de don Quijote y sólo tiene las alforjas de Sancho, intenta preparar un Código desde su superficie, no desde su misma entraña, en momentos en que cada hora que transcurre le arrebatan más pedazos de identidad. Es la Europa enferma de bienestar, carcomida por el hedonismo materialista y el nihilismo esterilizante. La Europa sin pulso y sin Absoluto. Los hombres que prepararon el *Code* al menos divinizaron la Razón. Los de la Europa de ahora sólo saben relativizar todo lo que tocan, piensan o sienten. Viven para las contingencias y de la contingencia. Las ideas, es decir, Platón; la sustancia o Aristóteles les provocan alergia. Así no se puede hacer un Código de verdad, como el gran texto napoleónico. Sin duda que los juristas europeos del siglo XXI serán muy capaces de llevar a término un «Código civil patrimonial» o de Familia, incluso un Código civil europeo. Pero si se ciegan las luces que brotan de la Acrópolis, del Capitolio, del Gólgota y de la Razón pura y práctica, se llegará a la letra, pero nunca al espíritu superior ni a la *vis expansiva* que alcanzó el *Code Napoléon*.

El texto de 1804, a pesar de sus defectos (pocos comparados con su magnitud), representó un momento de grandeza jurídica, que nos recuerda los tiempos de la Compilación de Justiniano, momento tan dilatado que aún estamos en él. Los grandes monumentos jurídicos gozan del don de la inmortalidad, aunque ya no

estén vigentes. Siempre hay que acudir a ellos, porque forman parte de la cultura universal. Eso sucede con el *Code civil*, con el milagro añadido de su bicentenaria existencia real. La Universidad de Santiago de Compostela, a través del Departamento de Derecho Común y de espíritus ilusionados, como la profesora María Paz García Rubio, ha sabido oír los ecos vibrantes del sagrado texto napoleónico y hacerlos resonar melodiosamente en la magna Exposición y en el Catálogo que la recoge, recreando la memorable fecha del 30 del Ventoso del Año XII, cuando la primavera empezaba a sonreír sobre las agujas de Notre-Dame y la vigencia del viejo Derecho, símbolo del Antiguo Régimen, desaparecía entre las brumas que sobrenadaban las aguas del Sena.

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

AYUDAS ESTATALES

1. **Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 303/05/COL, de 30 de noviembre de 2005, por la que se modifican por quincuagésimoprimer vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales. DOUE, L, núm. 324, de 23 de noviembre de 2006.**
2. **Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 313/05/COL, de 7 de diciembre de 2005, por la que se modifican por quincuagésimosegunda vez las normas procesales y sustantivas en el ámbito de las ayudas estatales. DOUE, L, núm. 324, de 23 de noviembre de 2006.**
3. **Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 69/06/COL, de 22 de marzo de 2006, por la que se modifican por quincuagésimoquinta vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales. DOUE, L, núm. 324, de 23 de noviembre de 2006.**
4. **Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 95/06/COL, de 19 de abril de 2006, por la que se modifican por quincuagésimocava vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales. DOUE, L, núm. 324, de 23 de noviembre de 2006.**

CONSUMIDORES

5. **Decisión núm. 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013). DOUE, L, núm. 404, de 30 de diciembre de 2006.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

6. **Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publici-**

dad comparativa. *DOUE*, L, núm. 376, de 27 de diciembre de 2006. *DOUE*, L, núm. 386, de 29 de diciembre de 2006.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

7. **Decisión del Consejo**, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *DOUE*, L, núm. 297, de 26 de octubre de 2006.
8. **Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. *DOUE*, L, núm. 399, de 30 de diciembre de 2006.

DERECHOS DE AUTOR

9. **Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada). *DOUE*, L, núm. 372, de 27 de diciembre de 2006.
10. **Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. *DOUE*, L, núm. 376, de 27 de diciembre de 2006.

EMISIÓN DE VALORES

11. **Reglamento (CE) núm. 211/2007 de la Comisión**, de 27 de febrero de 2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 809/2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a la información financiera que debe figurar en los folletos cuando el emisor posee un historial financiero complejo o ha adquirido un compromiso financiero importante. *DOUE*, L, núm. 61, de 28 de febrero de 2007.

INSOLVENCIA

12. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 603/2005 del Consejo**, de 12 de abril de 2005, por el que se modifican las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. *DOUE*, L, núm. 49, de 17 de febrero de 2007.

INSTITUCIONES

13. **Reglamento (CE) núm. 93/2007 de la Comisión**, de 30 de enero de 2007, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2099/2002 por el

que se crea el Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques (COSS). *DOUE*, L, núm. 22, de 31 de enero de 2007.

14. Comité de las Regiones. Reglamento Interno. *DOUE*, L, núm. 23, de 31 de enero de 2007.

MEDIO AMBIENTE

15. Decisión del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, de una enmienda al Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. *DOUE*, L, núm. 386, de 29 de diciembre de 2006.

MERCADO INTERIOR

16. Reglamento (CE) núm. 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. *DOUE*, L, núm. 345, de 8 de diciembre de 2006.
17. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. *DOUE*, L, núm. 376, de 27 de diciembre de 2006.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

18. Reglamento (CE) núm. 1898/2006 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, que establece las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 510/2006 del Consejo sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. *DOUE*, L, núm. 369, de 23 de diciembre de 2006.
19. Reglamento (CE) núm. 1891/2006 del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 6/2002 y (CE) núm. 40/94 para hacer efectiva la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro internacional de dibujos y modelos industriales. *DOUE*, L, núm. 386, de 29 de diciembre de 2006.
20. Decisión del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, 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*, L, núm. 386, de 29 de diciembre de 2006.

SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

21. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOUE, L, núm. 49, de 17 de febrero de 2007.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

22. **Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas. DOUE, C, núm. 40, de 23 de febrero de 2007.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

23. **Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE, C, núm. 298, de 8 de diciembre de 2006.**
24. **Dictamen del Comité Económico Social y Europeo sobre el Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [COM (2005) 672 final]. DOUE, C, núm. 324, de 30 de diciembre de 2006.**
25. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada) [COM (2006) 222 final – 2006/0070 (COD)]. DOUE, C, núm. 324, de 30 de diciembre de 2006.**

DERECHOS DE AUTOR

26. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la 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 (versión codificada) [COM (2006) 226 final - 2006/0073(COD)]. DOUE, C, núm. 324, de 30 de diciembre de 2006.**
27. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada) [COM (2006) 219 final - 2006/0071**

(COD)]. *DOUE*, C, núm. 324, de 30 de diciembre de 2006. *DOUE*, C, núm. 324, de 30 de diciembre de 2006.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

28. **Posición Común (CE) núm. 22/2006, de 25 de septiembre de 2006, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II). *DOUE*, C, núm. 289 E, de 28 de noviembre de 2006.**

INSTITUCIONES

29. **Modificaciones del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 291, de 30 de noviembre de 2006.**
30. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 15 de febrero de 2007, solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de ocho propuestas por las que se modifican, respectivamente, las Directivas 2006/49/CE, 2006/48/CE, 2005/60/CE, 2004/109/CE, 2004/39/CE, 2003/71/CE, 2003/6/CE y 2002/87/CE, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (CON/2007/4). *DOUE*, C, núm. 39, de 23 de febrero de 2007.**

MERCADO INTERIOR

31. **Posición Común (CE) núm. 16/2006, de 24 de julio de 2006, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior. *DOUE*, C, núm. 270 E, de 7 de noviembre de 2006.**
32. **Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 53 y 54 del Acuerdo sobre el EEE. *DOUE*, C, núm. 291, de 30 de noviembre de 2006.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

33. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la 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 [COM (2005) 687 final – 2005/0273 (CNS)] y la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (CE)**

núm. 6/2002 y (CE) núm. 40/94 para hacer efectiva la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales [COM (2005) 689 final – 2005/0274 (CNS)]. *DOUE*, C, núm. 309, de 16 de diciembre de 2006.

PROTECCIÓN DE MENORES

34. **Posición Común (CE) núm. 24/2006**, de 18 de septiembre de 2006, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea. *DOUE*, C, núm. 295 E, de 5 de diciembre de 2006.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

AYUDAS DE ESTADO

35. **Asunto T-210/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2006** – British Aggregates/Comisión. Ayudas de Estado – Impuesto medioambiental sobre los áridos en el Reino Unido – Decisión de la Comisión de no plantear objeciones – Recurso de anulación – Admisibilidad – Persona individualmente afectada – Carácter selectivo – Obligación de motivación – Examen diligente e imparcial. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.
36. **Asuntos acumulados T-304/04 y T-316/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de septiembre de 2006** – Italia y Wam/Comisión. Ayudas de Estado – Préstamos a bajo interés destinados a permitir la implantación en determinados países terceros – Perjuicio para los intercambios entre Estados miembros y distorsión de la competencia – Motivación. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.
37. **Asunto C-368/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2006** (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof –Austria). Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH, Planai-Hochwurzten-Bahnen GmbH, Gerlitzten-Kanzelbahn-Touristik GmbH & Co. KG/Finanzlandesdirektion für Tirol, Finanzlandesdirektion für Steiermark, Finanzlandesdirektion für Kärnten. Ayudas de Estado – Artículo 88 CE, apartado 3, última frase – Devolución parcial de impuestos sobre la energía – Falta de notificación de la ayuda – Decisión de la Comisión – Decla-

ración de compatibilidad de la ayuda con el mercado común respecto de determinado período anterior – Efecto sobre las solicitudes de devolución de las empresas no beneficiarias de la ayuda – Facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.

38. **Asunto T-117/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ayudas concedidas por las autoridades neerlandesas a puertos deportivos sin ánimo de lucro – Recurso de anulación – Admisibilidad.** *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
39. **Asunto C-404/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de enero de 2007 – Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas, Schott AG, anteriormente Schott Glas. Recurso de casación – Ayudas de Estado – Artículo 87 CE, apartado 1 – Promesa contractual de pago – Desaparición de una condición esencial del contrato – Motivos y alegaciones nuevos – Sustitución de motivos – Petición de examen de testigos – Criterio del acreedor privado – Motivación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia – Determinación del importe de la ayuda – Artículo 87 CE, apartado 3, letra c) – Derecho a ser oído – Violación de los derechos de defensa respecto del Estado miembro de que se trata.** *DOUE*, C, núm. 42, de 24 de febrero de 2007.

CONSUMIDORES

40. **Asunto C-168/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid – Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, S.L. Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – No impugnación del carácter abusivo de una cláusula en el procedimiento arbitral – Posibilidad de formular esta excepción en el procedimiento de recurso contra el laudo arbitral.** *DOUE*, C, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

41. **Asunto C-125/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de septiembre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret (Dinamarca) – VW Audi Forhandlerforeningen, en representación de Vulcan Silkeborg A/S/Skandinavisk Motor Co. A/S. Competencia – Acuerdo de distribución de vehículos automóviles – Exención por categoría – Reglamento (CE) núm. 1475/95 – Artículo 5, apartado 3 – Resolución por el proveedor – Entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 – Necesidad de reorganizar la red de distribución – Plazo de preaviso – Motivación – Carga de la prueba.** *DOUE*, C, núm. 261, de 28 de octubre de 2006.

42. **Asunto C-167/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de septiembre de 2006 – JCB Service/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Acuerdos de distribución – Prácticas concertadas – Notificación – Formulario A/B – Solicitud de exención – Desestimación – Duración del examen del procedimiento de notificación – Derecho de defensa – Presunción de inocencia – Denuncia – Infracción – Prohibición general de ventas pasivas – Limitación de las fuentes de abastecimiento – Motivos y alegaciones nuevos – Multas – Directrices – Gravedad de la infracción – Duración – Circunstancias atenuantes – Adhesión a la casación – Circunstancias agravantes. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
43. **Asunto C-356/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van koophandel te Brussel (Bélgica) – Lidl Belgium GmbH & Co. KG/Etablissements Franz Colruyt NV. Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE – Publicidad engañosa – Publicidad comparativa – Condiciones aplicables a la publicidad comparativa permitida – Comparación del nivel general de los precios aplicados por cadenas de grandes almacenes – Comparación de los precios de una gama de productos. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
44. **Asunto C-113/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2006 – Technische Unie BV/Comisión de las Comunidades Europeas, CEF City Electrical Factors BV, CEF Holdings Ltd, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied. Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado de material electrotécnico en los Países Bajos – Asociación nacional de mayoristas – Acuerdos y prácticas concertadas que tienen por objeto un acuerdo colectivo de exclusividad y la fijación de precios – Multas. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
45. **Asunto C-105/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2006 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Technische Unie BV, Comisión de las Comunidades Europeas, CEF City Electrical Factors BV, CEF Holdings Ltd. Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado de material electrotécnico en los Países Bajos – Asociación nacional de mayoristas – Acuerdos y prácticas concertadas que tienen por objeto un acuerdo colectivo de exclusividad y la fijación de precios – Multas. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
46. **Asunto C-552/03 P: Auto del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 2006 – Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd, anteriormente Van den Bergh Foods Ltd/Comisión de las Comunidades Europeas, Masterfoods Ltd, Richmond Ice Cream Ltd, anteriormente Richmond Frozen Confectionery Ltd. Recurso de casación – Artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE) – Helados de consumo impulsivo – Suministro de arcones congeladores a los minoristas – Cláusula de exclusiva – Derecho a un pro-**

cedimiento equitativo – Carga de la prueba. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.

47. **Asunto T-168/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – GlaxoSmithKline Services/Comisión. Competencia – Distribución al por mayor de medicamentos – Comercio paralelo – Precios diferenciados – Artículo 81 CE, apartado 1 – Acuerdo – Restricciones a la competencia – Objeto – Mercado de referencia – Efecto – Artículo 81 CE, apartado 3 – Contribución al fomento del progreso técnico – No eliminación de la competencia – Prueba – Motivación – Subsidiariedad. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
48. **Asunto T-314/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Avebe/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Gluconato sódico – Artículo 81 CE – Multa – Imputabilidad del comportamiento infractor de una sociedad sin personalidad jurídica propia a su sociedad matriz – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Derecho de defensa – Documentos exculpatorios – Principio de proporcionalidad – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
49. **Asunto T-322/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Roquette Frères/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia – Prácticas colusorias – Gluconato sódico – Artículo 81 CE – Multa – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Directrices para el cálculo de las multas – Comunicación sobre la cooperación – Principio de proporcionalidad – Igualdad de trato – Principio ne bis in idem. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
50. **Asunto T-329/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Archer Daniels Midland/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Gluconato sódico – Artículo 81 CE – Multa – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Comunicación sobre la cooperación – Principio de proporcionalidad – Igualdad de trato – Irretroactividad – Obligación de motivación – Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
51. **Asunto T-330/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Akzo Nobel/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Gluconato sódico – Artículo 81 CE – Multa – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Principio de proporcionalidad – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
52. **Asunto T-43/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Jungbunzlauer/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Ácido cítrico – Artículo 81 CE – Multa – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Imputabilidad de la**

- conducta a una filial – Principio de legalidad de las penas – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Principio de proporcionalidad – Principio non bis in idem – Derecho de acceso al expediente. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
53. Asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Dresdner Bank y otros/Comisión. Competencia – Artículo 81 CE – Acuerdo de fijación de los precios y de la forma de cobro de los servicios de cambio de efectivo – Alemania – Pruebas de la infracción – Oposición. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
54. Asunto T-59/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Archer Daniels Midland/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Ácido cítrico – Artículo 81 CE – Multa – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Comunicación sobre la cooperación – Principios de seguridad jurídica y de irretroactividad – Principio de proporcionalidad – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
55. Asunto T-204/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Haladjian Frères/Comisión. Competencia – Artículo 81 CE – Artículo 82 CE – Distribución de piezas de repuesto – Importaciones paralelas – Denuncia – Decisión por la que se desestima. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
56. Asunto T-153/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – Ferriere Nord SpA/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia – Multa – Infracción del artículo 81 CE – Facultades de la Comisión en materia de ejecución – Prescripción – Artículos 4 y 6 del Reglamento (CEE) núm. 2988/74 – Admisibilidad. *DOUE*, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
57. Asuntos acumulados C-403/04 P y C-405/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de enero de 2007 – Sumitomo Metal Industries Ltd, Nippon Steel Corp./JFE Engineering Corp., antes NKK Corp., JFE Steel Corp., antes Kawasaki Steel Corp., Comisión de las Comunidades Europeas, Órgano de Vigilancia de la AELC. Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado de tubos de acero sin soldadura – Protección de los mercados nacionales – Carga y aportación de la prueba – Duración del procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
58. Asunto C-407/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de enero de 2007 – Dalmine SpA/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado de tubos de acero sin soldadura – Protección de los mercados nacionales – Contrato de suministro – Derecho de defensa – Autoinculpación – Pruebas de origen anónimo – Multa – Motivación – Igualdad de trato – Directrices para el cálculo de las

multas – Tamaño del mercado pertinente y de la empresa afectada – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.

59. Asunto C-411/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de enero de 2007 – Salzgitter Mannesmann GmbH, anteriormente Mannesmannröhren-Werke GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado de tubos de acero sin soldadura – Proceso equitativo – Pruebas de origen anónimo – Multa – Cooperación – Igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
60. Asunto C-421/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala tercera) de 18 de enero de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van koophandel te Brussel (Bélgica) – City Motors Groep NV/Citroën Belux NV. Competencia – Acuerdo de distribución de vehículos automóviles – Exención por categoría – Reglamento (CE) núm. 1400/2002 – Artículo 3, apartados 4 y 6 – Resolución por el proveedor – Derecho a recurrir a un perito o a un árbitro y de acudir a un órgano jurisdiccional nacional – Cláusula expresa de resolución – Compatibilidad con la exención por categoría – Validez de los motivos de la resolución – Control efectivo. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.

DERECHOS DE AUTOR

61. Asunto C-479/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el l'Østre Landsret (Dinamarca) Laserdisken ApS/Kulturministeriet. Directiva 2001/29/CE – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Artículo 4 – Derecho de distribución – Regla de agotamiento – Base jurídica – Acuerdos internacionales – Política de competencia – Principio de proporcionalidad – Libertad de expresión – Principio de igualdad – Artículos 151 CE y 153 CE. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.
62. Asunto T-242/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de septiembre de 2006 – AEPI/Comisión. Derechos de autor y derechos afines – Procedimiento de declaración de incumplimiento – Archivo de una denuncia presentada por un particular – Recurso de anulación – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.
63. Asunto C-36/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 26 de octubre de 2006 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado – Directiva 92/100/CEE – Derecho de autor – Derecho de alquiler y de préstamo – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.

64. **Asunto C-198/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2006 – Comisión de las Comunidades Europeas/ República Italiana. Incumplimiento de Estado – Derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual – Derecho de préstamo público – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. DOUE, C, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.**
65. **Asunto C-175/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de enero de 2007 – Comisión de las Comunidades Europeas/ Irlanda (Incumplimiento de Estado – Directiva 92/100/CEE – Derecho de autor – Derecho de alquiler y de préstamo – Derecho exclusivo de préstamo al público – Excepción – Requisito de remuneración – Exención – Alcance). DOUE, C, núm. 42, de 24 de febrero de 2007.**

MERCADO INTERIOR

66. **Asuntos acumulados C-282/04 y C-283/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de septiembre de 2006 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de los Países Bajos. Incumplimiento de Estado – Artículos 56 CE, apartado 1, y 43 CE – Acciones especiales (*golden shares*) del Estado neerlandés en las sociedades KPN y TPG – Delimitación de los conceptos de «participación de control», «inversión directa» e «inversión de cartera» en el contexto de las libertades fundamentales – «Medida estatal» en el sentido de las libertades fundamentales – Garantía del servicio postal universal. DOUE, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**
67. **Asunto C-434/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de septiembre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) – Proceso penal contra Jan-Erik Anders Ahokainen, Mati Leppik. Libre circulación de mercancías – Artículos 28 CE y 30 CE – Normativa nacional que prohíbe, salvo autorización previa, la importación de alcohol etílico sin desnaturalizar de una graduación alcohólica superior al 80 por 100 – Medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa – Justificación por la protección de la salud y del orden público. DOUE, C, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.**

MOROSIDAD

68. **Asunto C-302/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de octubre de 2006 – Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana. Incumplimiento de Estado – Directiva 2000/35/CE – Artículo 4, apartado 1 – Reserva de dominio – Oponibilidad. DOUE, C, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

69. **Asunto T-168/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de septiembre de 2006 – L & D/OAMI – Sämann (aire limpio).**

Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Marcas figurativas anteriores que representan un abeto, algunas de las cuales contienen elementos denominativos – Solicitud de marca figurativa que contiene el elemento denominativo «Aire Limpio» – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.

70. **Asunto T-188/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2006 – Freixenet/OAMI (forma de una botella esmerilada negra mate). Marca comunitaria – Forma de una botella esmerilada negra mate – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Falta de carácter distintivo – Vulneración del derecho de defensa – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
71. **Asunto T-190/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2006 – Freixenet/OAMI (forma de una botella esmerilada blanca). Marca comunitaria – Forma de una botella esmerilada blanca) – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Falta de carácter distintivo – Vulneración del derecho de defensa – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
72. **Asunto T-191/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2006 – MIP Metro/OAMI – Tesco Stores (METRO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa que contiene el elemento denominativo METRO – Marca denominativa nacional anterior METRO – Expiración de la marca nacional anterior. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
73. **Asunto T-96/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2006 – Monte di Massima/OAMI – Höfferle Internationale (Valle della Luna). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Valle della Luna – Marca nacional figurativa anterior VALLE DE LA LUNA – Prueba del uso de la marca anterior – Artículo 15, apartado 2, letra a), y artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
74. **Asunto T-133/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de septiembre de 2006 – Meric/OAMI – Arbora & Ausonia (PAM-PIM'S BABY-PROP). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Marcas nacionales figurativas y denominativas anteriores PAM-PAM – Solicitud de marca comunitaria denominativa PAM-PIM'S BABY-PROP – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 281, de 18 de noviembre de 2006.**
75. **Asunto C-108/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de septiembre de 2006. Petición de decisión prejudicial plan-**

- teada por el *Gerechthof te 's-Gravenhage* (Países Bajos) – *Bovemij Verzekeringen NV/Benelux-Merkenbureau*. Marcas – Directiva 89/104/CEE–Artículo 3, apartado 3–Carácter distintivo–Adquisición por el uso – Consideración de la totalidad o de una parte sustancial del territorio del Benelux – Consideración de las zonas lingüísticas del Benelux – Marca denominativa *EUROPOLIS. DOUE, C*, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
76. *Asunto C-314/05 P*: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de junio de 2006 – *Creative Technology Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior, José Vila Ortiz*. Recurso de casación – Marca comunitaria – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Riesgo de confusión – Solicitud de marca denominativa comunitaria «*PC WORKS*» – Oposición del titular de la marca figurativa nacional «*W WORK PRO*» – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado. *DOUE, C*, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
77. *Asunto C-92/06 P*: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de julio de 2006 – *Soffass SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior, Sodipan SCA*. Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa «*NICKY*» – Oposición del titular de las marcas figurativas nacionales «*NOKY*» y «*noky*» – Apreciación puramente fáctica – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile. *DOUE, C*, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
78. *Asunto T-172/04*: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 – *Telefónica/OAMI – Branch* (emergia). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa *emergia* – Marca comunitaria denominativa anterior *EMERGEA* – Riesgo de confusión – Denegación de registro – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE, C*, núm. 294, de 2 de diciembre de 2006.
79. *Asunto C-281/05*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de noviembre de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) – *Montex Holdings Ltd/Diesel SpA*. Marcas – Directiva 89/104/CEE – Derecho del titular de una marca a prohibir el tránsito de mercancías que lleven un signo idéntico por el territorio de un Estado miembro en el que la marca está protegida – Fabricación ilegal – Estado asociado. *DOUE, C*, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.
80. *Asunto C-104/05 P*: Auto del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 2006 – *El Corte Inglés, S.A./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 figurativa *EMILIO PUCCI* – Oposición del titular de las marcas figurativas nacionales *EMIDIO TUCCI* – Similitud entre los productos. *DOUE, C*, núm. 326, de 30 de diciembre de 2006.
81. *Asunto C-321/03*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada

por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido – Dyson Ltd/Registrar of Trade Marks. Marcas – Aproximación de las legislaciones – Directiva 89/104/CEE – Artículo 2 – Concepto de signo que puede constituir una marca – Receptáculo o compartimento de recogida transparente que forma parte de la superficie externa de una aspiradora. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.

82. **Asunto C-48/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de enero de 2007.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Nürnberg-Fürth (Alemania), Adam Opel AG/Autec AG. Procedimiento prejudicial – Marca – Artículo 5, apartados 1, letra a), y 2, y artículo 6, apartado 1, letra b), de la Primera Directiva 89/104/CEE – Derecho del titular de una marca a oponerse al uso por un tercero de un signo idéntico o similar a la marca – Marca registrada para vehículos automóviles y para juguetes – Reproducción de la marca por un tercero en modelos a escala reducida de vehículos de esta marca. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
83. **Asunto C-493/06 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de noviembre de 2006 por Tesco Stores Ltd contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) el 13 de septiembre de 2006 en el asunto T-191/04, MIP Metro Group Intellectual Property GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).** *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
84. **Asunto T-283/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de enero de 2007 – Georgia-Pacific/OAMI (Motivo gofrado).** Marca comunitaria – Marca tridimensional – Motivo gofrado – Denegación de registro – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
85. **Asunto T-53/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de enero de 2007 – Calavo Growers Inc./OAMI – Calvo Sanz (Calvo).** Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa CALVO – Marca denominativa comunitaria anterior CALAVO – Admisibilidad de la oposición – Motivación de la oposición presentada en una lengua distinta de la lengua de procedimiento – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Regla 20, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.
86. **Asunto T-92/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 2006 – movingpeople.net/OAMI – Schäfer (moving people.net).** Marca comunitaria – Marca comunitaria figurativa movingpeople.net – Oposición del titular de la marca denominativa nacional MOVING PEOPLE – Denegación parcial de registro – Adquisición por la demandante de la marca anterior – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 56, de 10 de marzo de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *El principio Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, ed. Dykinson, Madrid, 2006, 154 pp.

Esta monografía constituye un riguroso y exhaustivo análisis de uno de los principios nucleares del Derecho de Sucesiones romano, el principio *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, esto es, la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la sucesión intestada. Señala Ricart Martí, Catedrático de Derecho Romano, en su prólogo a la obra, que es la jurisprudencia pontifical posterior a las XII Tablas la que crea el régimen jurídico de incompatibilidad de fundamentos sucesorios, aunque el enunciado técnico y normativo-descriptivo, propio de una *regula iuris*, se debe seguramente a los juristas altoclásicos (s. I d C). Resulta clara la finalidad de tal regla desde el punto de vista económico-social, esto es, la búsqueda de la concentración patrimonial, pero ya no es tan evidente su finalidad desde una perspectiva técnico-jurídica, aunque parece relacionarse con la concepción romana de la sucesión hereditaria conforme a la cual el heredero se coloca en la posición jurídica del causante.

Sin duda llama la atención, como explica Bosch Capdevila en su introducción (pp. 15 a 18), que la época de la Codificación trae consigo la abolición de este principio, de tal manera que incluso la mayoría de los sistemas sucesorios de base romana se muestran favorables a la admisión de la concurrencia de herederos testamentarios e intestados en una misma sucesión. Ni los primeros Códigos civiles europeos, como el francés, ni otros también más o menos influyentes, como el *BGB*, el español, el portugués o el italiano, adoptan el citado clásico principio romano. Tampoco lo hacen los Códigos de Latinoamérica, herederos del *Code* y del Proyecto de Código civil español de 1851, siendo una buena muestra de ello el Código civil chileno de 1855, modelo de la mayoría de los códigos civiles sudamericanos. Una excepción en todo este panorama legislativo la constituyen dos de los derechos civiles territoriales vigentes en la actualidad en España, el Derecho civil balear y el Derecho civil catalán. En Baleares tal principio tiene expreso reflejo legal en la Compilación de 19 de abril de 1961, tanto en el Preámbulo como en su articulado. La Ley 8/1990 de 28 de junio sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares y el Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, conservan de igual modo el principio de incompatibilidad. Respecto a Cataluña, el principio *nemo pro parte* ha regido, prácticamente de forma ininterrumpida, desde la recepción del Derecho

romano hasta el vigente Código de Sucesiones de 1991, con un breve paréntesis durante la Segunda República a raíz de la Ley Catalana de Sucesión Intestada de 1936. Y tal principio aparece hoy también recogido en el Anteproyecto de Ley relativo al Libro Cuarto del Código civil de Cataluña dedicado al Derecho de Sucesiones.

Desde el punto de vista de su estructura, la obra se divide en seis capítulos. Los dos primeros capítulos hacen referencia a la interpretación del principio *nemo pro parte* tanto por los juristas europeos del *ius commune* (pp. 19 a 40) como por la doctrina clásica catalana (pp. 41 a 53). Los autores europeos del *ius commune* se limitan a considerarlo como un principio axiomático que rige de forma indubitada, de manera que apenas pueden encontrarse opiniones que ahonden en la búsqueda de una justificación del mismo. Señalan que tal principio constituye el fundamento de una serie de reglas de derecho sucesorio, como la imposibilidad de que el testador prohíba el derecho de acrecer, el carácter forzoso del acrecimiento hereditario, la imposibilidad de morir con más de un testamento válido, la imposibilidad de que el testamento sea en parte válido y en parte inválido, la prohibición de que el heredero acepte de forma parcial la herencia... Pero las dos consecuencias más importantes del principio *nemo pro parte* son, por un lado, el acrecimiento necesario, que opera incluso entre los herederos no llamados conjuntamente, y el que se produce respecto a la parte de herencia de la que el testador no ha dispuesto. Por otra parte, la otra consecuencia más relevante es el efecto expansivo que en determinados casos se atribuye a la institución de heredero en cosa cierta y en usufructo. Uno de los méritos de Bosch Capdevila radica sin duda en la metodología que utiliza para el tratamiento jurídico de este capítulo, en el que destaca su dominio de los comentarios de los juristas del *ius commune*. Hay que subrayar que este rigor científico, presente en el conjunto de la obra y no sólo en este capítulo, va acompañado de una gran claridad en la exposición. El capítulo II, como he indicado antes, se centra en el estudio de la doctrina clásica catalana. Tampoco los autores clásicos catalanes justifican o cuestionan la mencionada regla, únicamente mencionan su vigencia y sus consecuencias, consecuencias que son idénticas a las ya apuntadas respecto a los autores europeos del *ius commune*.

Gran interés reviste el capítulo tercero de la obra (pp. 55 a 67), que aborda la evolución del principio en el Derecho de Castilla, tan diferente a la del Derecho catalán, y que permite adentrarse en las razones de que la regla romana no se recogiese al final en el Código civil español de 1889. Así, el artículo 658.3 CC admite que la sucesión pueda deferirse en parte por testamento y en parte por la Ley, y el artículo 764 señala que el testamento tiene validez aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. Explica el autor que la Ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá, cuyo contenido pasa posteriormente a la Novísima Recopilación, dispone de un modo explícito la validez del testamento sin institución de heredero, de manera que un grupo minoritario de juristas castellanos de los siglos XVI y XVII empiezan a sostener que con tal norma el Ordenamiento de Alcalá está derogando el resto de los principios que constituyen la base del Derecho de Sucesiones romano, entre ellos, el principio *nemo pro parte*. En los siglos XVIII y XIX la opinión a favor de la derogación de la regla romana es ya mayoritaria en la doctrina castellana, y está avalada por el rechazo generalizado, existente en estos siglos, a la influencia que el Derecho romano había tenido sobre los juristas. Esta doctrina mayoritaria, favorable a la com-

patibilidad entre la sucesión testada y la intestada, es la adoptada por los redactores de los sucesivos proyectos de Código civil español, incluyendo el de García Goyena.

Los tres últimos capítulos abordan el objeto central de la obra, el análisis de la evolución de tal principio en Cataluña. En primer lugar, el capítulo cuarto (pp. 69 a 90) estudia el desarrollo del principio en Cataluña tras la publicación del Código civil de 1889. Desde luego la promulgación del Código civil español no significa para Cataluña la alteración del sistema sucesorio de Derecho romano antes aludido, de hecho el denominador común de los distintos proyectos de apéndice de Derecho catalán al Código civil español, tanto los de carácter oficial como los de carácter privado, es la aceptación más o menos explícita del principio *nemo pro parte*. Después, durante la Segunda República, se produce una ruptura con la tradición jurídica catalana en esta materia. Al reconocerse a Cataluña autonomía legislativa, con competencias en materia de Derecho civil, se publica, entre otras, la Ley de Sucesión Intestada de 7 de julio de 1936, que trae consigo la abolición del principio *nemo pro parte*, de manera pacífica, sin la oposición de ningún grupo parlamentario, y sin que en la tramitación de la ley se dé la más mínima importancia a la cuestión. Esta ley sale a la luz bajo la influencia de ciertas opiniones doctrinales partidarias de reformar el estricto sistema sucesorio romano, como la de Coll i Rodés. Finalizada la Guerra Civil española, la Ley de 8 de septiembre de 1939 deroga las leyes civiles catalanas promulgadas durante la Segunda República y se reestablece el Derecho anterior. De manera que se abre una nueva etapa, caracterizada por la vuelta al sistema tradicional en los precedentes del Código de Sucesiones de Cataluña de 1991, esto es, el Proyecto de Compilación de 1955, la Compilación de 1960 y la Ley de Sucesión Intestada de 1987.

El capítulo quinto (pp. 91 a 102) se ocupa del mantenimiento del principio *nemo pro parte* en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991. La subsistencia de esta regla en el artículo 3 de este Código se ha fundamentado en el respeto a la tradición jurídica catalana, pero desde luego no ha constituido en su momento una cuestión pacífica, sino que ha estado rodeada de gran polémica. El último capítulo (pp. 103 a 139) aborda el significado y las consecuencias de la vigencia del principio en el actual Código de Sucesiones. Cabe subrayar, como otro de los méritos de la obra, el espíritu crítico de su autor, que se advierte perfectamente en esta última parte de su trabajo. Considera Bosch Capdevila que el significado del principio ha cambiado en el Código de Sucesiones respecto al que tenía en la tradición jurídica, la incompatibilidad de fundamentos sucesorios (testamento y sucesión intestada) se ha transformado en una incompatibilidad de títulos (heredero testamentario e intestado), pero tal cambio de significado no ha venido acompañado de una revisión de las consecuencias de tal principio. El autor se muestra bastante crítico en este punto con la coherencia del Código de Sucesiones, señalando que en esta normativa se abren bastantes brechas en el principio clásico. La compatibilidad entre herederos instituidos en diferentes testamentos, o entre un heredero testamentario y uno contractual, vulnera la pretensión de exhaustividad de cada fundamento sucesorio. Y, si se admite la compatibilidad entre herederos llamados por diferentes fundamentos voluntarios por razón de su complementariedad, se pregunta el autor por la posibilidad de admitir también la compatibilidad jurídica entre herederos voluntarios y herederos legales cuando también existe compatibilidad material. Si se responde que en la sucesión intestada falta la voluntad del testador, se estaría afirmando que el

principio *nemo pro parte*, más que de la ley, ha de derivar de aquella voluntad del testador, con lo que no debería operar si se demuestra que su voluntad es contraria al incremento hereditario. Por último, el autor centra su atención en las consecuencias de este principio, en especial, en cuanto a la consideración del heredero en cosa cierta y el heredero en usufructo, y el denominado «incremento hereditario» o «acrecimiento necesario» entre herederos instituidos de manera «disjunta».

Creo que a lo largo de esta recensión se han ido dando razones suficientes por las que sin duda es recomendable la lectura de esta monografía, no sólo para estudiosos (en especial, civilistas, historiadores y romanistas) sino también para aplicadores del derecho.

Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

LEQUETTE-DE KERVENOËL, Stéphanie: *L'authenticité des œuvres d'art*. LGDJ, Paris, 2006, 665 pp.

¿Qué razones determinan a la biblioteca de una facultad de Derecho a adquirir –y a sus usuarios más habituales a interesarse en– un libro sobre la autenticidad de las obras de arte? Aquí van cuatro. (1) En 1968 una tela atribuida a la «escuela de Carranche, Bacchanales» fue adjudicada en 2.200 francos; en 1998 la misma tela, atribuida esta vez a Nicolás Poussin fue vendida en 7.400.000 francos. (2) En 1968 una tela atribuida a la «escuela de Fragonard» fue adjudicada en 61.070 francos; en 1974 la misma obra, esta vez atribuida a Fragonard fue adquirida por 5.150.000 por el Museo del Louvre. (3) En 1981 una estatua designada como una «*cariatide en fonte, XIX siècle*» fue vendida en 4.500 francos; en 1987, el mismo objeto, esta vez atribuido al escultor italiano A. Zoppo, fue adquirido por 3.200.000 por el Museo del Louvre. Finalmente (4) en 1988 Sotheby puso en venta el retrato de un joven, atribuido a Rembrandt, cuyo precio se estimaba en 70.000.000 de francos, poco tiempo después se supo que el retrato no pertenecía a Rembrandt, sino a uno de los miembros de su *atelier* y fue adjudicado en 4.000.000 de francos.

La tesis doctoral de Stéphanie Lequette, dirigida por Jacques Ghestin, constituye un magnífico esfuerzo por estrechar las distancias que, aparentemente, alejan un problema más propio de la filosofía del arte, como es la autenticidad de una obra, de las consecuencias jurídicas que de ella –o la falta de ella– se derivan para el tráfico económico, un asunto más propio del Derecho. Como suele ser el caso con las tesis doctorales francesas –fieles al modelo cartesiano– ésta se encuentra dividida en dos partes. La primera de ellas trata sobre la noción de autenticidad. La segunda sobre la falta de autenticidad.

La autenticidad.–Qué sea la autenticidad es, desde luego un asunto más propio de la filosofía, sin embargo, los problemas a que da lugar son resueltos a través de reglas jurídicas, de allí la necesidad de disponer de algún concepto operativo. Lequette sugiere que, en clave jurídica, la autenticidad no es tanto un problema, por decirlo así, ontológico, sino de calificación, es decir, ella residiría en «*la croyance en une réputation qu'en des caractéristiques objectives prêtant à démonstration rigoureuse*» (citando a Chatelain, p. 17). Lo cual lleva a que la preocupación acerca de la autenticidad desplace su eje

hacia los «expertos» de una parte y, de otra los medios que utilizan para determinar la autenticidad. Ambos temas son tratados extensamente en este libro, a propósito de la incertidumbre en la determinación de la autenticidad. Una incertidumbre que lleva a la autora a calificar la autenticidad de una obra como una «verdad relativa y volátil» (pp. 252 ss.).

Falta de autenticidad, remedios y sanciones.—Una vez resuelto el problema de la autenticidad —o mostrado lo problemático que es resolverlo— la segunda parte del libro discurre sobre la forma en que el Derecho distribuye los riesgos y establece sanciones en los casos de falta de autenticidad. Y esto a través de dos distinciones. La primera separando medidas curativas de las preventivas. La segunda diferenciando medidas preventivas civiles de las penales. Examinar las medidas curativas permite a la autora en primer lugar, considerar la falta de adecuación del tratamiento del error sobre la sustancia a las peculiaridades de la autenticidad de las obras de arte (por ejemplo ¿cómo congeniar una cualidad esencial con su carácter incierto?, p. 317) y, en segundo, la responsabilidad del experto y los tasadores (*commissaire-priseur*) por errores de atribución, perseguida en forma concomitante con una de nulidad o bien a título principal, con independencia de la acción de nulidad. Respecto de las medidas preventivas, la autora trata el deber de informar en sede precontractual (*obligation précontractuelle de renseignement*), advirtiendo que la venta de obras de arte suele ser un terreno fértil para la aplicación de esta creación pretoriana por las asimetrías informacionales que, con frecuencia, caracterizan las transacciones entre profesionales y profanos (p. 520) y que determina que en ocasiones se haya fijado un deber al comprador de informarle al vendedor sobre algunas características del objeto (p. 550 y ss.). Finalmente, la vía penal, también opera en forma preventiva, pero sus aspiraciones son diversas. En el caso de las medidas preventivas de carácter civil, de lo que se trata es de evitar que la voluntad se forme irregularmente; las medidas de carácter penal, para decirlo con cierta tosquedad, aspiran a disuadir la falsificación de obras de arte.

Pues bien, para el panorama español donde, de tarde en tarde, se presentan este tipo de problemas (basta recordar el caso Sorolla) y hasta la fecha no existen trabajos monográficos al respecto, el libro de Stéphanie Lequette es algo que agradecer. No solo por su espléndido tratamiento del tema, sino por permitirnos una mirada a la riqueza de la aplicación del Derecho civil, algo que, entre tanto manual, siempre se corre el riesgo de olvidar.

Íñigo DE LA MAZA GAZMURI
Profesor de Derecho civil
Universidad Diego Portales (Chile)

MACÍA MORILLO, Andrea: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, 1.ª edición, ed. Tirant lo Blanch, 2005, 630 pp.

La presente monografía realiza un análisis exhaustivo y riguroso de las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, demandas de responsabilidad civil relacionadas con el comienzo de la vida, que en los últimos tiempos han pasado a ocupar un lugar destacado dentro del marco de la responsabilidad médica.

Gracias al desarrollo científico y tecnológico en el ámbito del inicio de la vida, en la actualidad es posible detectar, tanto enfermedades transmisibles a la descendencia futura, como enfermedades graves e incurables del feto que seguirá padeciendo más allá de su nacimiento. En tales casos, la legislación española no penaliza la interrupción voluntaria del embarazo realizada dentro de ciertos plazos. Las acciones analizadas por Andrea Macía Morillo surgen precisamente cuando, desconociendo los postulados de la *lex artis ad hoc*, cualquiera de los profesionales médicos o sanitarios que intervienen en el proceso de diagnóstico –pertenezcan a la sanidad privada o al servicio público sanitario–, no advierte a los padres que se han sometido a un diagnóstico en fase preconceptiva o prenatal, del estado enfermo del *nasciturus* o de los riesgos que amenazan al *concepturus*, privándoles de una información fundamental e impidiéndoles, en última instancia, adoptar una decisión sobre el nacimiento de su descendencia, que finalmente padece esa enfermedad o defecto. El supuesto de hecho del que parten estas acciones precisa, además, que la enfermedad o defecto sea detectable de acuerdo con el estado de la ciencia y que no se conozca remedio o cura para tal enfermedad. Pues bien, en la presente monografía la autora trata de determinar concretamente si, cuando concurren los antecedentes anteriores, la institución de la responsabilidad civil puede ser utilizada para reclamar la reparación del daño producido a los progenitores y al niño en estos casos, denominados de «falso negativo».

Como pone de relieve la autora, el mayor inconveniente que suscita esta clase de acciones es que, en último término, el daño cuya indemnización se solicita es la vida, un bien jurídico protegido por nuestro Ordenamiento. Así, en las acciones de *wrongful birth* –pretensión propia de los progenitores del niño nacido enfermo– se reclama una indemnización por no haber podido impedir el nacimiento del propio hijo; en las acciones de *wrongful life* –pretensión del niño– el niño reclama, por su parte, una indemnización por haber nacido en circunstancias tan adversas; es decir, estas últimas acciones presuponen que, para el niño, hubiera sido mejor no nacer.

Como es de imaginar, la gran carga ideológica vinculada a este tipo de acciones, ha llevado a algunos autores a anteponer los valores morales subjetivos al razonamiento jurídico objetivo. Sin embargo, éste no es el caso de Andrea Macía Morillo. De hecho, la mayor virtud de este libro –que deriva de la tesis doctoral que, en su momento, obtuvo la máxima calificación del tribunal que la enjuició y el premio extraordinario de doctorado– es que, desde un principio, separa claramente las cuestiones jurídicas de todas aquellas otras cuestiones morales o éticas que puede llegar a plantear la responsabilidad por falsos diagnósticos preconceptivos o prenatales, resolviendo con argumentos estrictamente jurídicos los incontables interrogantes que suscitan en nuestro Ordenamiento las denominadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Resulta igualmente destacable que, a diferencia de otros trabajos existentes sobre la materia, la autora realiza un estudio completo y global incluyendo todas las hipótesis posibles y todos los sujetos que pueden intervenir en el proceso de diagnóstico, tratando de determinar en todo momento si se cumplen cada uno de los requisitos exigidos por nuestro Ordenamiento para que entre en juego el mecanismo de la responsabilidad civil. Ahora bien, para ello resulta imprescindible diferenciar –advierte la autora– las acciones de *wrongful birth* de las acciones de *wrongful life*, pues probablemente deba ser diferente la respuesta a cada uno de estos tipos de pretensiones. Así, aun cuando tanto unas como otras tienen como punto de partida un mismo supuesto de hecho, cada una de ellas es ejercitada por sujetos diferentes y, a través de

cada una de ellas, se reclaman daños igualmente diferentes. Por ello, precisamente, la autora analiza de forma separada la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil en cada una de estas acciones a lo largo de toda la monografía, lo que constituye, desde mi punto de vista, otro gran acierto de la obra. Para terminar lo referente a los caracteres generales de la monografía, hay que destacar que, aunque Andrea Macía llega a unas conclusiones parecidas a las sostenidas por los autores que han estudiado el tema (esto es, afirma la viabilidad de las acciones de *wrongful birth* y rechaza las acciones de *wrongful life*), traslada el argumento definitivo del concepto de daño resarcible, a otro elemento de la responsabilidad civil: la imputación objetiva. De hecho, pese a la relevancia de esta cuestión de cara a la afirmación de la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, no resulta pretencioso afirmar que, hasta la fecha, no se ha llevado a cabo en nuestro país un estudio tan exhaustivo y coherente de este elemento en el ámbito propio de estas acciones como el que hace la autora en esta obra.

Como reconoce Andrea Macía Morillo, el surgimiento de estas acciones exige un alto grado de desarrollo científico en el ámbito del diagnóstico pre-conceptivo y prenatal, así como el reconocimiento legal de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo —en concreto, el aborto embriopático—, pues, sin cualquiera de estos dos presupuestos, estas acciones resultarían impensables. Esto explica, en parte, la escasez de sentencias existentes en nuestro Ordenamiento sobre el tema hasta la fecha. Otra es la situación fuera de las fronteras españolas, pues ya desde los años setenta los tribunales estadounidenses tuvieron que enfrentarse a este tipo de casos. En el marco europeo, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* han desencadenado importantes debates doctrinales y jurisprudenciales en Gran Bretaña, Alemania o Francia. Este panorama doctrinal y jurisprudencial ha sido reproducido fielmente por Andrea Macía, gracias al abundante material bibliográfico en lengua extranjera utilizado por la misma. De hecho, la autora dedica una parte importante del primero de los capítulos de su obra a exponer el estado de la cuestión en el Derecho comparado, resultando especialmente meritorio su estudio del Derecho estadounidense y del Derecho alemán.

En los restantes cuatro capítulos, Andrea Macía Morillo examina los problemas derivados de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Derecho español, aunque, de nuevo, con numerosas referencias al Derecho comparado. Ahora bien, desde el principio, la autora delimita su campo de estudio al análisis de las citadas acciones y no de otras relacionadas con el nacimiento de un niño, como es el caso, por ejemplo, de las acciones de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, reclamaciones de los progenitores por la creación de una vida sana, pero no deseada.

En el segundo capítulo, la autora trata de resolver el difícil problema de ubicar las acciones en estudio en el ámbito de la responsabilidad contractual o, por el contrario, en el de la responsabilidad civil extracontractual. Pese a que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de reducir la distancia entre ambas responsabilidades, las diferencias de régimen jurídico que persisten exigen realizar tal distinción. Llegados a este punto, no ofrece dudas el carácter contractual de la relación que entablan los padres y el personal sanitario que realiza este tipo de pruebas, pero resulta mucho más discutible, según la mayoría de la doctrina, apreciar tal carácter en la relación que surge entre el médico y el niño —dado que la prestación sanitaria se desarrolla antes de su nacimiento—, lo que hace aconsejable la vía extracontractual en estos últimos casos. La autora concluye que, por regla general, la relación contrac-

tual existente entre padres y personal sanitario ha de incluirse en los márgenes del arrendamiento de servicios, sin hacer referencia a una línea doctrinal –que cada vez tiene más adeptos– que aboga por la aplicación analógica de la normativa del mandato en estos casos, debido a la exigua y anticuada regulación legal del citado arrendamiento. En el supuesto de que la vinculación contractual se establezca entre los progenitores y una persona jurídica para la cual desarrolla su labor el profesional que emite el falso negativo (v. gr., institución hospitalaria, aseguradora médica, etc.), según la autora –siguiendo en este punto, de nuevo, a la doctrina mayoritaria–, la falta de vinculación contractual directa entre ambos convierte a la responsabilidad de los profesionales sanitarios frente al paciente en extracontractual. Ahora bien, a mi juicio, tratándose de relaciones triangulares como la que nos ocupa, aunque la víctima no haya contratado directamente los servicios del profesional, surgirá entre ambos una relación obligatoria muy semejante a la contractual, que justifica la aplicación preferente de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual a estas relaciones no propiamente contractuales. Es decir, en mi opinión, en estos casos no se produce una mera vulneración del *neminem laedere* consagrado en el artículo 1902 CC –como sostiene la autora–, pues el citado precepto parece estar pensado para situaciones distintas. Con independencia de lo anterior, deberá optarse por la vía administrativa cuando el daño tenga su origen en el funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario, cuestión que con anterioridad no había sido analizada específicamente por la doctrina que ha estudiado el tema.

Siguiendo el esquema doctrinal clásico de la responsabilidad civil –aunque con ciertas reservas, como luego veremos–, Andrea Macía Morillo dedica el capítulo tercero al estudio de los criterios de imputación subjetiva, entre los que destaca la culpa, en el ámbito de la responsabilidad contractual, y el del riesgo, en el de la responsabilidad objetiva propia del servicio público sanitario. La autora no olvida tampoco la responsabilidad por hecho ajeno, que ocupa un lugar destacado en su obra, ya que es frecuente que los médicos actúen con otros profesionales a su cargo. Se trata, el presente, de uno de los capítulos menos controvertidos de la obra ya que, como reconoce Andrea Macía, en el marco de estas acciones la cuestión de la imputación subjetiva no suele plantear problemas específicos.

Como se ha dicho, en el ámbito de la responsabilidad contractual sólo podrá afirmarse la responsabilidad de los profesionales sanitarios por *wrongful life* o *wrongful birth*, cuando los daños provengan de un comportamiento que se separa de un determinado parámetro de conducta prefijado. Así pues, la apreciación de la diligencia o negligencia en la conducta del profesional exige la previa determinación del contenido de la *lex artis* en materia de *wrongful birth* y *wrongful life*, pues, en el ámbito sanitario, no hay una única *lex artis*, sino tantas como diversas especialidades existan. Por ello, en el presente capítulo la autora enumera y analiza el contenido de cada uno de los deberes contractuales que integran la *lex artis* del profesional sanitario en este ámbito: el deber de competencia profesional, el deber de información, el deber de asistencia y el deber de secreto.

Por otro lado, Andrea Macía analiza igualmente los supuestos en los que la ley establece de forma expresa un sistema de responsabilidad objetiva: la responsabilidad en el ámbito de los servicios sanitarios defectuosos –regulada en el art. 28 LGDCU– y la responsabilidad civil de la Administración. En este punto, la autora examina bajo qué condiciones se puede imputar subjeti-

vamente el daño al sujeto, cuando la emisión del diagnóstico erróneo no deriva de su culpa.

La autora resuelve igualmente con brillantez el delicado problema de identificar el daño y determinar el *quantum* indemnizatorio –uno de los elementos más discutidos doctrinalmente–, cuestión a la que dedica el capítulo cuarto. Según la autora, la ausencia de daño es uno de los argumentos más utilizados por aquellos que rechazan de plano la institución de la responsabilidad civil en estos casos. Ahora bien, no hay que olvidar que la conducta del profesional contribuye, de alguna forma, en el nacimiento o la concepción de un niño con discapacidad, lo que ocasiona a sus progenitores ciertos gastos y tensiones psicológicas con las que no contaron a la hora de concebir y que podrían haberse evitado si el niño no hubiera nacido. Por ello, Andrea Macía, despojándose de prejuicios éticos o morales, afirma, por un lado, que en tales circunstancias se produce un perjuicio, y por otro, que la admisión de este tipo de acciones no implica necesariamente un ataque a la vida como bien jurídico, sino tan sólo el reconocimiento de la indemnización por los daños que en determinadas circunstancias especiales puede generar el comienzo de aquélla.

En primer lugar, por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, la autora, haciéndose eco de la teoría de la separación elaborada por la doctrina alemana (*Trennungslehre*), separa el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los progenitores e identifica dos tipos de daños cuya indemnización puede ser reclamada a través de esta clase de acciones: la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación –lo que exige, como es lógico, que tal facultad estuviera reconocida a los progenitores de acuerdo con las circunstancias concretas del caso– y el daño moral o patrimonial indirecto o de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado (daño, este último, que ha sido acogido por alguna sentencia del Tribunal Supremo). Esto es, la autora considera que únicamente son indemnizables los daños derivados de eventos anteriores al nacimiento. El único inconveniente que suscita la reclamación de estos daños es que, tratándose de la privación de la decisión sobre la interrupción del embarazo, tan sólo la gestante quedará legitimada activamente para interponer la acción de *wrongful birth*, pues, conforme al artículo 417 bis.1.3.º CP, ella es la única titular de la facultad de decidir sobre el aborto en nuestro sistema. El daño moral que produce sobre los progenitores la condición discapacitada del hijo se enfrenta, por su parte, a la indeterminación del concepto de daño y a la dificultad de cuantificarlo económicamente.

Por otra parte, la autora rechaza, con acierto, que el daño consistente en la privación de la facultad de decisión sobre el nacimiento del niño pueda ser identificado con la polémica *perte de la chance* –elaboración doctrinal francesa con especial difusión en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales liberales–. La aplicación de la citada teoría a las acciones de *wrongful birth* supondría que, el falso negativo habría privado a los progenitores de la oportunidad de haber evitado el nacimiento de un niño discapacitado y, con ello, los gastos patrimoniales extraordinarios y los daños morales que van unidos a él. Ahora bien, aunque este enfoque ha encontrado cierto predicamento entre la doctrina, coincide con la autora en que, en los casos de *wrongful birth*, no concurren los presupuestos de aplicación de la mencionada teoría (en concreto, el requisito de la aleatoriedad), pues la evitación de los gastos que se califican de oportunidad perdida no dependen del azar, sino de la decisión de la madre acerca de la práctica del aborto.

En segundo lugar, en lo referente a las acciones de *wrongful life*, según la mayoría de la doctrina, la consideración de la vida como daño constituye un obstáculo insalvable para la admisión de las citadas acciones en nuestro sistema. Esto es, el rechazo definitivo del daño lleva unido el consiguiente rechazo de las acciones de *wrongful life*. Frente a tal argumento, Andrea Macía contrapone la idea de que, aunque resulta innegable que la vida aparece como un valor supremo de nuestro Ordenamiento, la admisión de ciertas excepciones en casos puntuales (v. gr. legítima defensa, estado de necesidad, despenalización del aborto, etc.) demuestran que, en realidad, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto. Por otro lado, la identificación de la vida como daño resarcible no implica un ataque directo contra el bien vida; esto es, con las acciones de *wrongful life* ni se trata de acabar con la vida del niño, ni de negar su derecho a la vida. Si bien es cierto que la admisión de estas acciones puede contribuir a una paulatina desvalorización de este valor, este riesgo no puede ser imputado exclusivamente a las acciones de *wrongful life*, pues, como demuestra sobradamente la autora, la sociedad acepta en determinados supuestos que la vida ceda su posición suprema.

En el caso de que el niño carezca de progenitores o parientes que deban prestarle alimentos o si dispone de un patrimonio propio para hacer frente a su enfermedad, en principio, el niño podría reclamar también el daño patrimonial derivado de su condición enferma. Sin embargo, pese a que la concesión de una indemnización al niño por estos gastos salva los obstáculos morales derivados de la consideración de la vida como daño –pues permite cierta separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida en sí–, no logra superar ciertos obstáculos jurídicos, por lo que, como veremos, será difícil admitir una demanda por *wrongful life* sobre la base de los mismos.

Hay que esperar hasta el capítulo quinto –en el que se estudia la relación de causalidad en los planos fáctico y jurídico– para descubrir que las denominadas acciones de *wrongful life* no resultan viables en nuestro Ordenamiento, por faltar uno de los presupuestos imprescindibles de la responsabilidad civil: la imputación objetiva. En concreto, en estos casos los daños reclamados no resultan imputables al personal sanitario por no integrarse dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama (a saber, la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo). El fin de protección de la norma que reconoce la libertad de procreación o que despenaliza el aborto, no busca prevenir los daños que le supone al niño nacer, sino que protege principalmente los intereses de los futuros progenitores. Distinta es la suerte que, según la autora, han de correr las acciones de *wrongful birth*, aunque, en este caso, sólo resultarán indemnizables los daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento: es decir, los daños sufridos por los padres derivados de haber sido privados de la facultad de decisión sobre el nacimiento del niño y los daños por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un hijo enfermo –de admitirse estos últimos, lo que no está exento de dudas–, pues sólo éstos se encuentran conectados causalmente y resultan imputables objetivamente al falso negativo emitido por el profesional sanitario. Respecto a los denominados «daños de rebote» –patrimoniales y morales–, según la autora, sólo puede afirmarse la responsabilidad cuando el falso negativo se haya emitido durante la fase prenatal, pues sólo en tales circunstancias podrá constatar el enlace causal y la imputación objetiva.

Una vez identificados los daños y su conexión causal con el falso negativo, el siguiente obstáculo que dificulta su reparación es el del cálculo del *quantum* indemnizatorio, cuestión especialmente compleja cuando se trata de

valorar económicamente daños sin entidad patrimonial, como es el caso de la privación de la facultad de abortar o de los daños morales indirectos que sufren los progenitores por la contemplación constante de la condición enferma del niño. Debido a las dificultades existentes para una cuantificación objetiva de estos daños, tal valoración quedará sometida, básicamente, al arbitrio judicial, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica. Por otro lado, el principal inconveniente que plantea la valoración del daño patrimonial, apunta Andrea Macía, es la inexistencia de un criterio consolidado sobre los gastos generados por el niño discapacitado que concretamente han de ser indemnizados. De esta forma, mientras que algunos autores limitan la indemnización a los gastos especiales derivados de la condición enferma del niño, otros defienden la indemnización de todo gasto derivado del nacimiento. Este dilema es solucionado por la autora, desde mi punto de vista, de la manera más lógica y acertada: únicamente resultarán indemnizables el conjunto de gastos derivados de la condición enferma del niño –que, desde una perspectiva jurídica, han de ser calificados como daño patrimonial de rebote– pues, el pago de los gastos que normalmente ocasiona el nacimiento de un niño, le corresponde a los progenitores en virtud de la obligación de alimentos reconocida legalmente.

En otro orden de consideraciones, la ausencia de un capítulo dedicado a la antijuridicidad no se debe a un olvido de la autora, sino que constituye una omisión consciente y coherente con su esquema argumentativo, pues, en la misma línea que cierto sector doctrinal, Andrea Macía excluye a la antijuridicidad de los requisitos de la responsabilidad civil, por entenderlo integrado en los otros elementos que conforman la misma (en la culpa, cuando la antijuridicidad es definida como desvalor de la conducta, y en el daño, cuando se define como desvalor del resultado).

En definitiva, aunque Andrea Macía Morillo no pierda de vista los argumentos ético-morales que, pese a sus esfuerzos en tal sentido, es imposible desconocer en este ámbito, consigue demostrar con argumentos estrictamente jurídicos que tan sólo las acciones de *wrongful birth* tienen cabida en nuestro Ordenamiento. Al igual que la mayoría de la doctrina, descarta la viabilidad de las acciones de *wrongful life* en nuestro sistema, aunque no por un problema de daño –como argumentan todos lo que han estudiado el tema–, sino por la imposibilidad de constatar la imputación objetiva del daño al comportamiento del profesional sanitario. Esta última afirmación constituye una de las más interesantes y novedosas aportaciones de la obra.

Ahora bien, que las acciones de *wrongful life* no encajen en el molde de la doctrina tradicional de la responsabilidad civil, no significa que el Ordenamiento jurídico deba desamparar al niño enfermo o que no deba dispensarle otro tipo de protección. Simplemente, según Andrea Macía Morillo, la pretensión de la víctima deberá encontrar satisfacción a través de cualquier otro instrumento jurídico como, por ejemplo, el sistema de Seguridad Social, medida adoptada en Francia en la famosa y no exenta de polémica Ley 2002-303, de 4 de marzo. Esta solución es totalmente coherente con el pensamiento jurídico de la autora, que considera que la responsabilidad civil, lejos de ser la vía de la satisfacción de los sujetos frente a cualquier revés de la vida, constituye la excepción y no la regla. En otras palabras, la autora se muestra claramente partidaria de mantener la institución de la responsabilidad civil como fue concebida originariamente.

Quien lea esta monografía puede estar de acuerdo o en desacuerdo con las conclusiones de la autora, al tratarse de un tema que difícilmente puede

ser analizado por el jurista dejando al margen sus concepciones morales personales. Ahora bien, desde mi punto de vista, en lo que no habrá discrepancia será en el reconocimiento del enorme trabajo realizado por Andrea Macía Morillo, de su precisión jurídica, y de la indudable aportación al esclarecimiento de los numerosos problemas que suscitan estas acciones prácticamente desconocidas en nuestro sistema, lo que convierte a esta monografía, sin lugar a dudas, en una obra de referencia en el Derecho de daños.

M.^a Carmen CRESPO MORA
Contratada posdoctoral de investigación
Universidad Autónoma de Madrid

MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, 353 pp.

A quien le interese el Derecho de contratos que lea este libro. Y si le interesa especialmente la compraventa, mayor razón. Porque Derecho de obligaciones equivale aquí a Derecho de contratos, y cinco de los once artículos refieren al contrato de compraventa.

Como sugiere DÍEZ-PICAZO en el prólogo, Morales Moreno ha dedicado una porción significativa de su biografía académica al estudio del Derecho de contratos. Y en esta empresa, buena parte de su atención se ha centrado en reflexionar sobre los cambios que le ha impuesto a su fisonomía en el Derecho español la Convención de Viena de 1980 (en adelante CISG) y, más tarde y aún tenuemente, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (en adelante PECL).

Hay dos formas de hacerse cargo de este libro. La primera es comenzar por el principio, y la segunda, por el final. Aunque principio y final son aquí dos expresiones ambiguas. Cronológicamente, el último de los trabajos del libro –«El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro» es el primero donde el profesor Morales Moreno se despega de lo que podríamos denominar una concepción tradicional del Derecho de contratos. Y el primero de los trabajos del libro –«Evolución del concepto de obligación en derecho español»– es, hasta ahora, la culminación de ese proceso. «El “propósito práctico”...» es un trabajo extremadamente sugerente en la medida que con la claridad con que el autor suele presentar sus ideas, encubre el germen de un replanteamiento bien radical del Derecho de contratos. Este propósito práctico servirá como un dispositivo heurístico para reformular desde la formación del consentimiento hasta el sistema de remedios frente al incumplimiento. En «Evolución del concepto de obligación en derecho español» el dispositivo ya ha hecho todo su trabajo, y ahora aparecen con claridad sus resultados. Entonces entendemos con claridad la distinción entre deuda y responsabilidad y la necesidad de una construcción unitaria del sistema de remedios, porque, casi sin darnos cuenta –como si fuera nuestra propia idea–, «El “propósito práctico”...» nos había enseñado que al pensar los contratos hay que prestar menos atención a la esencia o identidad del negocio (una idea acuñada –literalmente– hace miles de años por Aristóteles y sistematizada más tarde por Santo Tomás) y centrarnos en «la función o utilidad

que de un modo mediato o inmediato se espera obtener». Igualmente nos había alertado acerca del peligro de las construcciones voluntaristas del contrato, tan caras a los exégetas tempranos del *Code*, y tan insuficientes para explicar adecuadamente la complejidad del Derecho de contratos. Teniendo esas dos cosas claras, se dispone de una buena guía para desplazarse por el libro completo.

Esto, desde luego, incluye a la compraventa. Pero, los artículos sobre ella merecen algún comentario aparte. Si el «El “propósito práctico”...» es, por decirlo así, una brújula para orientarse aquí, el territorio es el nuevo Derecho de contratos, cuyos referentes más claros es la CISG –llevada, en sede de consumidores, a la Directiva 1999/44– y, más difusamente, los PECL. Y donde esto aparece con mayor claridad es, desde luego, en el contrato de compraventa. El primero de los artículos sobre él –«Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa»– se hace cargo de la Directiva 1999/44 sobre la venta y garantía de bienes de consumo. La pregunta sobre la cual gira el artículo es, sin embargo, más ambiciosa, se trata de averiguar cómo compaginar el Derecho de contratos –no sólo los contratos que originan relaciones de consumo– con los dos núcleos normativos básicos de la Directiva: la exigencia de conformidad y el sistema de remedios que articula para el caso en que no se presente dicha conformidad, y esa compaginación, en el caso de la compraventa, precisa de una reforma de la regulación de la compraventa en el Código civil, cuyas líneas son esbozadas por el autor. El segundo de los artículos –«Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código Europeo de las Obligaciones»– comienza asumiendo que, actualmente se encuentran disponibles los fundamentos para justificar una regulación del Derecho de las obligaciones. Los fundamentos se encontrarían en la CISG y en la Directiva 1999/44. La pretensión del autor es, con todo, más modesta y su alcance se limita a una regulación uniforme de la compraventa, y esa regulación se endereza desde la CISG, pero también presta atención a los PECL y a las soluciones de ciertos códigos civiles tardíos como el holandés, y esto supone, entre otras cosas, reconsiderar aspectos del contrato como la fijación del precio (¿es necesario que las partes lo fijen o, si no lo hacen, puede ser el habitual?), el sistema de responsabilidad (unificación, objetivación y limitación en el uso de los remedios), las obligaciones que surgen para las partes (y aquí resulta especialmente la idea de conformidad propia de la CISG) y los efectos del incumplimiento (así, por ejemplo, el problema del incumplimiento no esencial). El tercer artículo –«La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44»– enfatiza uno de los aspectos tratados por el anterior, como su título lo indica, la conformidad. Y este es un tema que merece cierta atención monográfica, porque lejos de ser un asunto terminológico, la incorporación de la expresión conformidad de la cosa vendida supone, entre otras cosas, una reformulación del sistema de los vicios redhibitorios, y aligera la superación de las diferencias entre compraventas genéricas y específicas. Desde luego comprender esto pasa por disponer de un concepto de conformidad y dotarlo de operatividad, pero eso es algo que hace de sobra el artículo, de manera que no es necesario detenerse aquí. El cuarto artículo –«El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor»– se adentra en otro de los conceptos claves del nuevo derecho de la contratación: el interés del acreedor que permite entender, entre otras muchas cosas, por qué en la última reforma del BGB se permite al acreedor elegir entre la eliminación de los defectos de la cosa o la entrega de otra libre de defectos (y allí, como advierte el autor, hay que notar que la distinción

entre cosas específicas y genéricas se queda sin tracción). El último de los artículos sobre compraventa –«Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías»– trata sobre el papel de la autonomía privada (en el sentido en que entendió De Castro esta expresión) en la formación y efectos del contrato. Respecto de la formación resulta interesante considerar –como lo hace el autor– parte de los problemas de la responsabilidad precontractual desde la tensión que suele presentarse entre la autonomía de la voluntad y la protección de la confianza, un tema que aquí aparece esbozado y que, confiemos, merecerá algún día un desarrollo más acabado por parte del autor. Respecto de los efectos, se presenta, casi inadvertidamente, un razonamiento económico que, como sucede a veces, es la única forma coherente de explicar el diseño de una norma: cuando la CISG atribuye a cada uno de los contratantes los riesgos asociados a su prestación, lo que está haciendo es generar incentivos para que las partes vuelquen en el contrato la mayor distribución posible de riesgos, es decir que diseñen un sistema de remedios cuyo antecedente no sea la ley, sino la voluntad de las partes.

En conjunto con los artículos sobre compraventa, el libro contiene tres trabajos referidos a la formación del consentimiento –«Información publicitaria y protección del consumidor (“Reflexiones sobre el artículo 8 de la LGDCU», «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)», y «Los vicios de la voluntad en los Principios del Derecho Europeo de Contratos». El primero de ellos resulta especialmente interesante en la medida que considera los remedios con que cuenta el contratante afectado por publicidad engañosa bajo el Derecho tradicional de contratos –es decir antes de la ratificación de la CISG y la incorporación de la Directiva 1999/94–; el segundo trabajo encara la misma tarea, pero, desde una perspectiva del Derecho europeo. Los dos trabajos recuerdan algo que los civilistas no deberían olvidar, y es que de la matriz de formación del consentimiento de los códigos decimonónicos queda poco –aunque ese poco sea extremadamente importante– y que la atención debe desplazarse hacia dos fenómenos: las condiciones generales y la publicidad. El tercer artículo refiere al tratamiento de los vicios de la voluntad en el Derecho europeo, y allí están vertidas en forma resumida, pero útil, algunas de las ideas del profesor Morales Moreno sobre el error y el dolo, y esto no es poca cosa; después de todo, se trata, en el caso español, de uno de los comentaristas más finos sobre la materia.

Caveat emptor.—Dos prevenciones para terminar. La primera es que Antonio Manuel Morales Moreno es mi maestro, y la segunda es que en los temas que reúne *La modernización del derecho de obligaciones*, su conocimiento excede con holgura el mío. Así que (1) esta es una reseña escrita con simpatía, y (2) por alguien que no domina el tema en la forma en que lo hace el autor del libro. Pero (1) aún si sintiera alguna animadversión hacia el libro, la honradez intelectual obligaría a decir más o menos lo mismo que he dicho, y (2) sé suficiente Derecho de obligaciones como para poder afirmar que, a quienes se educaron en la teoría tradicional del Derecho de contratos, la lectura de este libro les resultará una experiencia intelectualmente estimulante y, acaso, algo inquietante; como debe ser cuando se trata de un libro importante, como éste.

Íñigo DE LA MAZA GAZMURI
Profesor de Derecho civil
Universidad Diego Portales (Chile)

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUI TIÁN, 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. Contratos mercantiles. 4. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ARMGARDT, M.: «Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht», *AcP*, 2006, núm. 4, pp. 654-682.

Para explicar la situación del que tiene la posibilidad de adquirir un derecho en virtud de una condición suspensiva, la primera doctrina tras el BGB creó la figura de la expectativa de derecho como categoría general. Frente a ella, en los últimos años se ha desarrollado en Alemania la llamada teoría de la pendencia, que es la que defiende el autor. (*M. G.-R.*)

LANDO, O.: «On Legislative Style and Structure», *ERPL*, 2006, núm. 4, pp. 475-485.

La *vexata questio* del lenguaje a emplear en las leyes, si uno más técnico, o bien más accesible a todos los ciudadanos; y el mismo problema respecto de la estructura de las leyes. El autor se centra en el Derecho de obligaciones de los casos inglés, alemán y francés. (*M. G.-R.*)

LENOIR, N./ROSKIS, D./DORÉMUS, CH.: «L'Europe et l'achèvement du marché intérieur: en quoi l'article 86 du Traité C.E. peut-il jouer un rôle utile?», *GP*, 2006, núms. 284-285, pp. 2-19.

Análisis del artículo 86 TCEE como medio para conseguir un mercado único. Principios que lo rigen. Sumisión de los Estados a las normas del Tratado y su aplicación práctica. (*I. S. P.*)

LIPARI, N.: «Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto», *RTDPC*, 2006, núm. 4, pp. 1047-1054.

Observaciones acerca del papel actual de la jurisprudencia constitucional como «fuente interpretativa» de las normas. (*M. R. D. R.*)

MARZIO, F. DI: «Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa», *RDC*, 2006, núm. 3, parte prima, pp. 395-426.

Amplio análisis del sistema interpretativo judicial de las leyes: desde la total autonomía y discrecionalidad hasta las diversas fórmulas de control. (*M. R. D. R.*)

MOREHAM, N. A.: «Privacy in Public Places», *Cambridge L. J.*, november 2006, vol. 65 (3), pp. 606-635.

El artículo analiza el alcance de la protección de la intimidad en lugares públicos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales ingleses. La conclusión es que la jurisprudencia inglesa reconoce esa protección en diversas ocasiones y que su alcance depende de la expectativa razonable de intimidad que pueda tenerse en cada caso. Para fijar esa expectativa, la profesora Nicole Noreham propone operar con cuatro grandes factores, a saber, la situación en que se encontraba el demandante, la naturaleza de su actividad, la forma a través de la cual se obtuvo la información o la fotografía y en qué medida el demandante era el centro de la información o de la imagen divulgada. (*J. S. F.*)

MULHERON, R.: «A Potential Framework For Privacy? A Reply to *Hello!*», *Modern L. Rev.*, 2006, vol. 69, núm. 5, pp. 679-713.

Un nuevo artículo que continúa la saga de las sentencias *Douglas v. Hello Ltd.* sobre protección del derecho a la intimidad. Como es sabido, los tribunales ingleses consideraron que la publicación no autorizada de las fotos de la boda de la pareja Michael Douglas—Catherine Zeta-Jones constituía una infracción del derecho de confidencialidad (*breach of confidence*). Sin embargo, rechazaron la ocasión que les ofrecía el caso para configurar y definir un *tort of privacy* específico y autónomo, como ya ha venido haciendo la jurisprudencia norteamericana, canadiense y australiana. Esta solución ha sido objeto de importantes críticas doctrinales, entre las que se cuenta el artículo extractado, que aporta diversos argumentos a favor del desarrollo del mencionado *tort* en el Derecho inglés. (*J. S. F.*)

PIMONT, S.: «À propos de l'activité doctrinale civiliste (Quelques questions dans l'air du temps)», *RTDC*, 2006, núm. 4, pp. 707-718.

Punto de partida de la investigación doctrinal francesa civil: no necesidad de programa previo. Evolución sobre el método de investigación e interpreta-

ción y situación actual de la doctrina según la evolución del pensamiento. (R. A. R.)

SCHROETER, U.: «Europäischer Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht», *ZEuP*, 2006, núm. 3, pp. 515-551.

Repaso detenido a los aspectos de Derecho privado de la, parece, fracasada Constitución europea. En cualquier caso, para el autor, tal Constitución no iba a tener gran repercusión en esta área. (M. G.-R.)

STAGL, J. F.: «Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger», *ZEuP*, 2007, núm. 1, pp. 37-55.

La recepción de la doctrina del negocio jurídico en Austria merced a la obra del conocido jurista y político Joseph Unger (1828-1913). (M. G.-R.)

VOGENAUER, S.: «An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today», *Oxford J. Legal Stud.* 2006, vol 26, núm. 4, pp. 627-663.

Segunda parte de un trabajo que el profesor Vogenauer había publicado en el *Cambridge L. J.* de 2005 («An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law», julio 2005, vol. 64, núm. 2, pp. 481-500). En aquella ocasión, el autor analizaba el papel de la ley, la jurisprudencia y la doctrina en el proceso histórico de formación del Derecho, y la forma en que cada una de ellas, en cada momento, ejerce una función de liderazgo frente a las demás. En esta segunda parte, el profesor Vogenauer estudia las diversas formas y grados en los que la doctrina jurídica actual en Alemania influye sobre la actuación del legislador y de los tribunales germánicos. (J. S. F.)

WÜRDINGER, M.: «Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen», *AcP*, 2006, núm. 6, pp. 946-979.

La analogía en las normas excepcionales y en las puramente declarativas. Rechaza el autor la repetida máxima de que las normas excepcionales no son susceptibles de analogía; por el contrario, considera que las normas declarativas no pueden ser aplicadas analógicamente. (M. G.-R.)

DERECHO DE LA PERSONA

AUVRET, P.: «Le droit de repones en ligne: jeu de miroirs», *GP*, 2006, núms. 337-339, pp. 2-8.

Regulación del derecho de rectificación para corregir informaciones contestadas. Regulación legal mediante la Ley de 21 de junio de 2004 inspirada por la recomendación del Comité europeo de 15 de diciembre de 2004. Incidencia sobre el derecho a la imagen y su solución legal. (R. A. R.)

BALDINI, G.: «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 295-358.

Análisis crítico de la denominada «Ley 40», relativa a la reproducción asistida y que entró en vigor el 10 de marzo de 2004. El autor examina los

problemas de constitucionalidad de la citada ley y su tratamiento por parte de los tribunales italianos y del Tribunal Constitucional. (B. F. G.)

- «Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 792-803.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Cagliari* de 16 de julio de 2005 sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley núm. 40 de 2004 sobre reproducción asistida, que no permite realizar intervenciones sobre el embrión si las finalidades de diagnóstico y terapéuticas no se dirigen al propio embrión. (B. F. G.)

BRAZIER, M.: «Do No Harm—Do Patients Have Responsibilities Too?», *Cambridge L. J.*, julio 2006, vol. 65 (2), pp. 397-422.

En la compleja realidad sanitaria actual, el énfasis en el derecho a la autonomía no debe ocultar los deberes éticos que incumben a los pacientes. A partir de diferentes grupos de casos, la profesora Brazier traza los perfiles de la delicada línea que separa las conductas éticamente reprobables de aquellas que, además, comportan responsabilidad en el plano legal. Casos que revelan las paradojas de un respeto a ultranza de la autonomía del paciente: hasta dónde debe llegar la responsabilidad por transmitir enfermedades, qué límites cabe imponer al acceso a prestaciones que son innecesarias o dónde termina el derecho al secreto sobre los propios datos genéticos cuando el conocimiento de éstos puede ser vital para terceros. (J. R. I.)

BYK, CH.: «La responsabilité sociale, fondement d'un droit civil renouvelé?», *SJ*, 2006, núms. 43-44, I-181, pp. 1987-1990.

Relación entre derechos fundamentales y responsabilidad social derivada de la Declaración universal sobre la bioética y los derechos humanos adoptada por la UNESCO en octubre de 2005. Derecho civil como guía que debe renovar su noción de interés general conforme a una dimensión más colectiva. (I. S. P.)

CAVANA, P.: «La questione del crocifisso nella recente giurisprudenza», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 270-295.

Artículo que examina si entra dentro del derecho de libertad religiosa la posesión de símbolos religiosos en lugares públicos y por parte de personas que ostentan un cargo público. (Alma R. G.)

- «Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 643-661.

Comentario jurisprudencial relativo al derecho de un magistrado a poseer símbolos religiosos en el lugar en el que se desarrollan los juicios: ¿se trata de una hipótesis de objeción de conciencia? (Alma R. G.)

CORPART, I.: «Décès et devenir des corps: clarification des consignes», *GP*, 2006, núms. 228-229, pp. 2-5.

Estudio a propósito del Decreto 2006-965, de 1 de agosto, sobre reclamación de los cuerpos muertos en los hospitales y sus consecuencias. (I. S. P.)

DURANTE, V.: «Sui limiti al diritto di cronaca a tutela della riservatezza», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1183-1190.

Comentario jurisprudencial sobre los límites a la libertad de expresión: publicación en un periódico de la dirección privada de un particular. (*Alma R. G.*)

FORTIN, J.: «Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era», *Modern L. R.*, mayo 2006, vol. 69 (3), pp. 299-326.

Reflexión crítica sobre los criterios aplicados en la resolución de casos en que están involucrados menores de edad. A juicio de la autora, es menester sustituir parámetros como el del bienestar del menor por otros basados en la ponderación de sus derechos fundamentales. Para ello toma como base la «teoría del interés» en la versión corregida por Neil MacCormick, quien, junto a la protección de la libertad y autonomía del menor, integra como parte integrante de los derechos de éste la protección paternalista de sus intereses a largo plazo. (*J. R. I.*)

Magno, G.: «L'ascolto del minore: il precetto normativo», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1273-1293.

Examen del derecho del menor de edad a hablar libremente y a ser escuchado con respeto y atención: la Convención de la ONU de 1989, estudio de la legislación y de la jurisprudencia italianas al respecto. (*Alma R. G.*)

MARINI, G.: «La giuridificazione della persona: ideologie e tecniche nei diritti della personalità», *RDC*, 2006, núm. 3, parte prima, pp. 359-394.

De nuevo sobre la constitucionalización de la persona y los derechos de la personalidad, en especial, respecto del derecho a la intimidad y control de los datos e información personales: formas y técnicas de tutela. El modelo de la *privacy* europea. (*M. R. D. R.*)

MÉLIS-MAAS, S.: «Une réforme attendue: la protection de l'enfance en danger», *SJ*, 2006, núms. 51-52, I-200, pp. 2377-2382.

Crisis actual del sistema francés de protección al niño con la legislación de 1958 por la doble competencia administrativa y judicial. Tensiones competenciales y violación del secreto profesional. Reforma profunda para evitar el maltrato infantil. Problemas de imprecisión conceptual y ausencia de bases legales. (*I. S. P.*)

PARISI, M.: «Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo. Il diritto all'espressione dell'identità confessionale tra (presunte) certezze degli organi sovranazionali europei e (verosimili) incertezze dei pubblici poteri italiani», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1415-1452.

Estudio de la normativa italiana sobre tutela de la libertad religiosa: el uso de la simbología religiosa en los lugares comunes. (*Alma R. G.*)

PELLECCHIA, E.: «Trattamento di dati personali e processo: gli interessi coinvolti e il loro bilanciamento», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 814-819.

Comentario a sentencia sobre la tutela de los datos personales en el proceso civil. (*Alma R. G.*)

RUO, M. G.: «La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1359-1383.

Artículo sobre el menor de edad en cuanto sujeto del proceso civil. (*Alma R. G.*)

SCARDACCIONE, G.: «La capacità di discernimento del minore», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1319-1333.

Artículo dedicado a la capacidad de entender y de querer del menor de edad en el proceso penal y en el proceso civil. (*Alma R. G.*)

VALENTINO, D.: «Brevi note in tema di affido dei minori», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1401-1414.

El derecho del menor de edad a la integración en una familia como principio directriz de la nueva normativa italiana reguladora de la guarda y de la adopción de menores. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Droits fondamentaux», *GP*, 2006, núms. 263-264.

Estudios sobre los diversos derechos fundamentales (derecho a la vida; no discriminación; libertad de pensamiento; etc.) en los países del mundo (Europa, Oriente, Mauritania, etc.). (*I. S. P.*)

PERSONA JURÍDICA

LEPSIUS, S.: «Personalisierungstendenzen beim Verein und bei der Wohnungseigentümergeinschaft», *JZ*, 2006, núm. 20, p. 998.

El artículo plantea la cuestión de si la tendencia hacia la personalización de las asociaciones y comunidades de propietarios debe ser entendido como una confusión o una armonización de modelos dentro de la sistemática tradicional. (*B. T. G.*)

LO IACONO, P.: «La giurisdizione statale fra tutela dei diritti individuali e rispetto dell'autonomia confessionale: a proposito di un provvedimento di espulsione da Testimoni di Geova», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1119-1167.

Las confesiones religiosas como especie dentro del género asociación. Las confesiones religiosas como formaciones sociales no asimilables a las asociaciones: las garantías constitucionales de independencia y soberanía. La libertad de las confesiones religiosas distintas a las católicas. (*Alma R. G.*)

PONZANELLI, G.: «La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 419-423.

Artículo dedicado a la regulación y control de las entidades sin fin de lucro, en concreto, a las fundaciones. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABBATUCCI, S.: «Garantie de paiement des sous-traitants: des avancées obtenues grâce à la concertation professionnelle», *RDI*, 2006, núm. 6, pp. 417-420.

Nuevas formas de garantizar el pago de los subcontratistas en el ámbito del contrato de obra respecto a la vivienda individual. (*I. S. P.*)

ALPA, G.: «I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 351-358.

Reflexión acerca de la mejor fórmula de sistematización de los diferentes tipos de contratos, según su causa o finalidad: Código civil único o leyes especiales, con especial referencia al derecho de consumo y la disciplina general de los contratos y relaciones obligatorias. (*M. R. D. R.*)

AMADIO, G.: «L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 255-270.

Reflexión sobre el remedio de la nulidad contractual en los supuestos de desequilibrio contractual entre las partes. (*M. R. D. R.*)

BARBIER, J. D.: «Les indemnités d'occupation de locaux commerciaux», *GP*, 2006, núms. 349-350, pp. 11-18.

Indemnización por ocupación de un inmueble arrendado sin derecho ni título (art. 1382 *Code civil*) y aquella por ocupación estatutaria (L. 145-28 del Código de comercio). Estudio de casos particulares. Posición de la doctrina en el tema. (*R. A. R.*)

BARKER, K.: «Wielding Occam's Razor: Pruning Strategies for Economic Loss», *Oxford J. Legal Stud.*, 2006, vol. 26, núm. 2, pp. 289-302.

Tras constatar que las sentencias inglesas adoptan enfoques distintos en relación con los llamados daños patrimoniales puros (*pure economic loss*), el trabajo critica que la *Court of Appeal* haya aumentado la confusión al optar por combinarlos todos según el caso. En opinión de Barker, dicho proceder no sólo es metodológicamente incorrecto, sino que se aleja del enfoque que a su juicio conviene seguir, esto es, el adoptado por la *House of Lords* en la sentencia *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. (*A. R. G.*)

BASILONE, M. R.: «Compensazione legale ed automatismo degli effetti. L'autonomia dei rapporti nella locazione e sublocazione», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 985-990.

Comentario jurisprudencial sobre el carácter automático de los efectos extintivos de la compensación legal y de la naturaleza declarativa del pronunciamiento judicial. (*Alma R. G.*)

VAN DEN BERGH, R./VISSCHER, L.: «The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?», *ERPL*, 2006, núm. 4, pp. 511-542.

El *European Group on Tort Law* ha publicado recientemente sus *Principles of European Tort Law*. El artículo discute tanto la necesidad de una armonización en esta materia, como el propio contenido de los *Principles*, en cuanto que no hacen suficiente hincapié en el objetivo de la prevención de

daños, aspecto fundamental para estos defensores del análisis económico del Derecho. (*M. G.-R.*)

BELVISO, F.: «Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 891-896.

Comentario jurisprudencial relativo a la compensación entre cuentas corrientes: análisis de la normativa tradicional reguladora de la compensación entre cuentas corrientes y límites a la autonomía privada; la buena fe como criterio de control de la validez del contrato. (*Alma R. G.*)

BIANCA, C.: «L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del codice civile», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 59-65.

Observaciones sobre el concepto de obligación y prestación de la obligación, en relación con el derecho de consumo y la tendencia unificadora europea, plasmada en la actualidad en los *Principios Unidroit*, los *Principles of European Contract Law* y el proyecto de *Code européen des contrats*. (*M. R. D. R.*)

BIGOT, J.: «L'intermédiation en assurance: les nouvelles règles du jeu», *SJ*, 2007, núm. 47, I-189, pp. 2153-2158.

La intermediación en el seguro y reaseguro conforme a la Ley de 15 de diciembre de 2006, Decreto de 30 de agosto de 2006 y sentencia de casación de 3 de noviembre de 2006. Definición de intermediación; obligaciones; formas y requisitos de ejercicio. (*I. S. P.*)

BOCHICCHIO, F.: «Impegni di una delle parti nelle trattative e conclusione del contratto a condizioni diverse», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 891-908.

Remedios protectores de los consumidores ante la modificación unilateral por el predisponente de cláusulas del contrato celebrado respecto a las establecidas en los tratos preliminares. (*Alma R. G.*)

BOCKHOLDT, F.: «Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *AcP*, 2006, núm. 5, pp. 769-804.

El problema de la ineficacia de los contratos sinalagmáticos y la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto. Se oponen aquí la teoría del saldo y la de las dos condiciones. El autor propone la aplicación ponderada de las nuevas normas sobre desistimiento en los contratos celebrados por consumidores (§§ 346 y ss. BGB). (*M. G.-R.*)

BONKE, J./GELLMANN, N.: «Die Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen», *NJW*, 2006, núm. 44, p. 3169.

El artículo se ocupa del plazo de ejercicio de la revocación del contrato por parte del consumidor en el contexto de la plataforma de subastas por internet e-Bay. (*B. T. G.*)

BRINKMANN, M.: «Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel in Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrecht», *AcP*, 2006, núm. 5, pp. 746-768.

De nuevo el asunto de las pruebas obtenidas de modo ilícito, en este caso con especial consideración del Derecho de daños. (*M. G.-R.*)

BUSNELLI, F.: «L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 439-457.

Modernización de la normativa sobre el ilícito civil en el sistema de la responsabilidad civil, especialmente respecto del daño moral y el daño derivado de actividades peligrosas. (*M. R. D. R.*)

CACACE, S.: «Seveso, atto ennesimo: sí al danno morale “presunto” seppur in assenza di lesioni alla salute», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 920-925.

Comentario a sentencia sobre el resarcimiento del daño moral ocasionado por lesión de la libertad personal. (*Alma R. G.*)

CALLIES, G.-P.: «Kollisionsrecht, Richtlinienrecht oder Einheitsrecht? Zur Modernisierung des Art. 5 EVÜ (Art. 29, 29 a EGBGB) im System des europäischen Verbrauchervertragsrechts», *ZEuP*, 2006, núm. 4, pp. 742-765.

Existe en la actualidad una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005, que pretende sustituir el actualmente vigente Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de Roma, 1980. El artículo se centra en el estudio de la nueva Propuesta. (*M. G.-R.*)

CAMPROUX-DUFFRÈNE, M. P.: «La prise en charge par le vendeur de la réhabilitation d'un terrain pollué», *SJ*, 2006, núm. 28, I-156, pp. 1383-1388.

Petición por el comprador de la rehabilitación del terreno comprado corriendo los gastos en el vendedor como responsable directo de su contaminación. ¿Es justo siempre? (*I. S. P.*)

CARRASCO PERERA, A.: «Nichterfüllung, Pflichtverletzung und Schlechterfüllung in Vertragsrecht. Ein spanischer und europäischer Ansatz», *ZEuP*, 2006, núm. 3, pp. 552-582.

Se pone de manifiesto que el origen de los remedios por el incumplimiento contractual se encuentra en las reglas romanas de la compraventa, que han pasado a la mayoría de los ordenamientos europeos continentales. Sin embargo, cada vez más, el concepto de incumplimiento contractual se va ampliando. (*M. G.-R.*)

CASTRONOVO, C.: «Il risarcimento del danno», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 81-97.

Análisis de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y las formas de resarcimiento y reparación del daño, ante la unificación europea. (*M. R. D. R.*)

CATERINI, E.: «Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio “generale” di sicurezza», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 627-661.

El autor intenta extraer los principios que integran el ordenamiento jurídico italo-europeo sobre derecho contractual, a la luz de la normativa sobre consumidores. (*B. F. G.*)

CENINI, M.: «La trattativa individuale nei contratti con il consumatore: spie-gazioni esaurienti o concreta influenza», *RDC*, 2006, núm. 3, parte prima, pp. 323-358.

Análisis de la tutela del consumidor desde la perspectiva de la teoría del análisis económico del derecho: regulación y eficacia de las cláusulas abusivas ante situaciones negociadas por las partes y el modelo de la directiva comunitaria. En busca de la solución «más eficiente». (*M. R. D. R.*)

CERULO, A.: «Riconoscimento dei vizi della cosa venduta e novazione dell'obbligazione», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 425-432.

Estudio de la tesis jurisprudencial en torno a si el pacto de eliminación del reconocimiento de los vicios de la cosa vendida implica la novación de la obligación inicial. (*Alma R. G.*)

CHESSA, C.: «Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle tran-sazioni commerciali», *RDC*, 2006, núm. 4, parte seconda, pp. 439-467.

Reflexiones sobre la recepción en Italia de la directiva 2000/35 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre retraso en el pago de transacciones comerciales y aplicación del principio de equidad como elemento integrador del contrato, para evitar rescisiones por excesiva onerosidad sobrevenida. (*M. R. D. R.*)

CHOLET, D.: «La novation de contrat», *RTDC*, 2006, núm. 3, pp. 467-492.

Extensión de la novación. Consideración de la novación más allá de las obligaciones y su extensión al contrato cuando existe un cambio de causa. Novación de una obligación y cambio de cualificación del contrato. (*R. A. R.*)

CIANCI, A. G.: «Intermediazione nel trasferimento di calciatori, obblighi dell'agente e disciplina della concorrenza», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 636-653.

Análisis de diversos aspectos jurídicos del juego del fútbol: el contrato de cesión de las prestaciones deportivas de los jugadores entre la autonomía privada y la autonomía colectiva, la actividad de intermediación y su ubicación en la categoría de la representación, autonomía del representante de los jugadores, obligaciones de éste y conflicto de intereses. (*Alma R. G.*)

CICCARELLI, A.: «L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 392-424.

A diferencia del antiguo Código civil italiano, el vigente no distingue, en la regulación del pago por tercero (art. 1180) entre tercero interesado y tercero no interesado en el pago. Este cambio normativo, unido a la moderna concepción de la relación obligatoria, es lo que conduce al autor a proponer un nuevo planteamiento en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses del tercero, del acreedor y del deudor. (*B. F. G.*)

CIOMMO, F. DI: «Perdita di attitudine allo svolgimento dei lavori domestici e risarcibilità del conseguente danno patrimoniale», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 724-730.

Comentario jurisprudencial sobre el resarcimiento del daño patrimonial por disminución de la capacidad laboral del ama de casa. (*Alma R. G.*)

CRICENTI, G.: «La responsabilità per fatto altrui. Il caso della prestazione gratuita», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 1004-1008.

Comentario jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por la realización de prestaciones de cortesía. (*Alma R. G.*)

CRISTOFARO, G. DE: «Il Codice del consumo», *NLCC*, 2006, núms. 4-5, pp. 747-818.

Comentario al *dgs. 6 settembre 2005*, núm. 206, sobre Código de consumo. Análisis de sus características, sistemática, estructura y contenido: Parte I, disposiciones generales (objeto, finalidad, ámbito de aplicación, derechos fundamentales de los consumidores, definición de consumidor, profesional, producto y productores); Parte II, disposiciones relativas a la educación, información y publicidad comercial (educación e información del consumidor, publicidad engañosa, televenta); Parte III, relaciones contractuales de consumo (cláusulas abusivas, crédito al consumo, contratos fuera de locales comerciales y a distancia, *timesharing*, paquetes turísticos, regulación del desistimiento); Parte IV, seguridad y calidad del producto (responsabilidad del productor, régimen especial de compraventa de bienes de consumo); Parte V, asociaciones de consumidores y acceso a la Justicia; Parte VI, disposiciones finales (compatibilidad de normas con el Código civil). (*M. R. D. R.*)

CUNHA, V.: «Créances des télécoms: attention à la prescription», *GP*, 2006, núms. 225-227, pp. 2-3.

Ejercicio de la acción en caso de daños por mal servicio en medios de comunicación con contrato de suscripción de un año. Posición de la corte de casación ante la rapidez de estos medios y la lentitud de la justicia. (*R. A. R.*)

D'AMICO, G.: «Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 140-163.

Reflexión sobre la distinción entre obligaciones de medios o de resultado, en el ámbito de la responsabilidad médica. (*M. R. D. R.*)

DEHARO, G.: «Médiation: une justice équitable et durable?», *GP*, 2006, núms. 230-234, pp. 2-8.

Definición de la mediación como técnica de negociación, su finalidad y regulación legal. Valor de los acuerdos. (*R. A. R.*)

DERLEDER, P./THIELBAR, C.: «Handys, Klingeltöne und Minderjährigenschutz», *NJW*, 2006, núm. 45, p. 3233.

Los autores analizan las relaciones contractuales que se suscitan en el contexto de la telefonía móvil desde la perspectiva de la protección de los menores de edad. (*B. T. G.*)

DIURNI, A.: «Schädigende Nothilfe – Haftungszurechnung im Europäischen Privatrecht», *ZEuP*, 2006, núm. 3, pp. 583-606.

Repaso de la regulación de la responsabilidad civil por daños causados en estado de necesidad en los distintos países europeos. (*M. G.-R.*)

DRIGO, F.: «La responsabilità delle agenzie di *rating* per il danno all'informato. L'esperienza statunitense», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 488-545.

Las agencias de *rating* se dedican a analizar el riesgo relacionado con una actividad económica. El artículo se centra en la responsabilidad de estas agencias por el daño causado al informado, dando buena cuenta de las iniciativas públicas y privadas dedicadas a la individualización de los principios que deberían regir la actividad de estas agencias, y aludiendo, no sólo a la experiencia italiana, sino también a la estadounidense. Tras centrarse en los criterios de imputación de responsabilidad, el autor sistematiza los casos posibles que pueden darse en la práctica, pues opina que las reglas difieren en función de diversos elementos como, por ejemplo, que la información se haya comunicado individualmente y *ad hoc* o al público. (B. F. G.)

DURAND, P. E.: «Le statut des constructions inachevées en droit de l'urbanisme», *RDImm*, 2006, núm. 5, pp. 340-346.

Estudio sobre el carácter de una construcción inacabada. No es inexistente, sino no terminada. Obras de terminación sin licencia. (I. S. P.)

FACCI, G.: «Il dovere di informazione del sanitario», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 559-570.

Artículo dedicado al consentimiento informado del paciente y responsabilidad civil del médico. (Alma R. G.)

– «Il dovere di informazione del sanitario», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 617-635.

Artículo dedicado al resarcimiento del daño en caso de omisión culpable de la información por parte del personal sanitario. (Alma R. G.)

FARSACI, B.: «Risarcimento del danno biologico terminale e criterio equitativo di liquidazione alla luce dell'art. 138 del codice delle assicurazioni—nota a Cass. 23 febbraio 2005 n. 3766», *GC*, 2006, núm. 9, pp. 1871-1876. (M. R. D. R.)

FOLIERI, L.: «L'acquisto telematico di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni sotto la "lente" del civilista», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1022-1059.

Análisis, desde el punto de vista civil, de las adquisiciones de la Administración pública vía telemática. Estas transacciones se denominan *Public Agencies to Business* (PAB) y en ellas intervienen la Administración pública, por un lado, y una empresa privada, por otro. El autor llega a dos conclusiones principales: primera, que la intervención de la Administración pública influye en el régimen jurídico de este tipo de transacciones; y, segunda, que a pesar de la utilización creciente de las nuevas tecnologías en la celebración de contratos, los principios del derecho consolidados históricamente no pueden ser olvidados. (B. F. G.)

GABRIELLI, A.: «La locazione ed i contratti aventi ad oggetto la concessione di beni in godimento», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 67-79.

Estudio de los contratos personales y reales que tienen por objeto la concesión de la facultad de disfrute de los bienes. Propuesta de simplificación de

la tipología contractual: contratos gratuitos (donación y demás derechos reales de goce y disfrute) y onerosos (arrendamiento). (*M. R. D. R.*)

GALLUCCI, P.: «La responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza tra rischio di impresa e rischio giuridico», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 546-561.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de julio de 2004 (núm. 14.462) sobre la responsabilidad del banco por pérdida de objetos de valor depositados en las cajas de seguridad, en concreto, cuando dichos bienes superan el valor por cuya pérdida el banco se responsabiliza. La sentencia considera que si el cliente no informa al banco sobre los bienes guardados y sobre su valor, no puede considerarse que aquél haya violado el deber de buena fe; el banco, por su parte, no puede alegar imprevisibilidad del daño. (*B. F. G.*)

GAMBARO, A.: «La riforma del diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del diritto europeo», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 27-32.

Reflexión sobre el proceso codificador del Derecho Civil en Europa: voluntad política de codificar pero importantes problemas prácticos en el ámbito jurídico. De momento, existencia de acuerdos sobre principios básicos de referencia. (*M. R. D. R.*)

GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, E.: «Pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur», *RDImm*, 2006, núm. 4, pp. 259-263.

Problemas actuales sobre el plazo para exigir responsabilidad al constructor frente a los distintos sujetos afectados en la obra. Necesidad de armonización con la reforma del Derecho de obligaciones. (*I. S. P.*)

GHESTIN, J.: «L'absence de cause de l'engagement: absence de la contrepartie convenue», *SJ*, 2006, núm. 41, I-177, pp. 1883-1888.

Conclusiones sobre su obra «Causa del contrato y validez». Posición jurisprudencial sobre el control en la existencia de causa. Falta de causa y su sanción. (*I. S. P.*)

– «Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause», *SJ*, 2006, núm. 49, I-194, pp. 2261-2266.

Resumen de una parte de su obra «Causa del contrato y validez» sobre diversos conceptos de falta de causa dados a partir de 1990. (*R. A. R.*)

GIACALONE, G./CACCAVIELLO, C.: «L'interpretazione dei contratti seriali: un nuovo passo verso una tutela effettiva del consumatore o un'occasione persa?— nota a Cass., sez. III, 29 settembre 2005 n. 19140», *GC*, 2006, núms. 7-8, pp. 1519-1526. (*M. R. D. R.*)

GOLFIER, B.: «Ventes d'immeubles à rénover: présentation et premières observations», *GP*, 2006, núms. 319-320, pp. 7-23.

Estudio de la Ley ENL sobre venta de inmuebles para reformar que afecta a los artículos 262.1 a 11 del Código de la construcción y habitación. Estudio total de la figura: definición y campo de aplicación; personas afectadas; bienes, trabajos; formación del contrato; ejecución; sanciones civiles y penales por incumplimiento; garantías para el vendedor. (*I. S. P.*)

GOTTSCHALK, E.: «Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen», *AcP*, 2006, núm. 4, pp. 555-597.

El problema de la transparencia en las condiciones generales de la contratación. El problema se puede plantear en tres áreas: *a)* falta de claridad tipográfica del documento; *b)* falta de claridad lingüística; *c)* los derechos y obligaciones de las partes no quedan claros. (*M. G.-R.*)

GREBLO, F.: «Ancora una pronuncia in tema di prelazione urbana e vendita cumulativa», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 965-976.

Comentario jurisprudencial sobre el derecho de adquisición preferente en la Ley de Arrendamientos Urbanos. (*Alma R. G.*)

GUILLINI, E./RAIMBERT, B.: «Réforme de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation relatif à l'usage des locaux: premières analyses réflexions», *GP*, 2006, núms. 319-320, pp. 24-29.

Análisis del artículo L. 631.7 y siguientes del Código de la construcción sobre actualización de la regulación del régimen jurídico de afectación al uso de locales. Cambio de destino. (*R. A. R.*)

IBBA, C.: «L'interpretazione delle regole contrattuali nei contratti associativi», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 271-284.

Análisis de la evolución normativa de los «contratos asociativos»: teorías sobre los criterios interpretativos, acto constitutivo, estatutos, eficacia frente a terceros de datos no inscritos. Perspectivas de reforma ante la unificación europea. (*M. R. D. R.*)

IMBRENDA, M.: «Individuazione dell'acquirente e distribuzione del rischio nel decreto legislativo n. 122 del 2005», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 690-717.

Exposición crítica del sistema de tutela del adquirente de un piso en construcción, establecido en el Decreto Legislativo núm. 122 de 2005. (*B. F. G.*)

KÄHLER, L.: «Zur Entmythisierung der Geldschuld», *AcP*, 2006, núm. 5, pp. 805-842.

La doctrina suele considerar que en las deudas de dinero no se aplican las normas generales sobre imposibilidad de cumplimiento. La tesis de este artículo es justo la contraria. (*M. G.-R.*)

KALANTARIAN, E.: «L'affectation de l'indemnité versée par l'assureur dommages-ouvrage», *GP*, 2006, núms. 319-320, pp. 30-32.

Estudio de la afectación ante los cambios jurisprudenciales en la materia. (*I. S. P.*)

KNOPS, K.-O.: «Kombinationsfinanzierungen –inbes. zur Risikoverteilung bei auftretenden Deckungslücken», *AcP*, 2006, núm. 6, pp. 867-901.

Nuevos productos financieros (en realidad, préstamos) ofrecidos por los bancos alemanes en materia de créditos a la construcción o adquisición de viviendas o seguros de vida, y los problemas de la insuficiencia de las garantías previstas para la devolución de tales préstamos. (*M. G.-R.*)

KOCHER, E.: «Informationspflichten des europäischen Verbrauchervertragsrechts in der deutschen Rechtsgelehrtslehre: What You See Is What You Get?», *ZEuP*, 2006, núm. 4, pp. 785-806.

La autora plantea el problema de en qué medida pueden aplicarse los llamados deberes contractuales de información reconocidos en las directivas europeas sobre consumo a contratos con distinto ámbito subjetivo. En su opinión, es posible esa traslación acudiendo a los principios que inspiran la teoría general del negocio jurídico. (*M. G.-R.*)

KOHLER, J.: «Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht», *AcP*, 2006, núm. 5, pp. 683-745.

Estudio sobre los efectos colaterales de la resolución en los contratos con consumidores, tales como los daños, el enriquecimiento, etc., comparando la antigua regulación con la nueva, tras la modernización del Derecho alemán de obligaciones. (*M. G.-R.*)

LACHAUD, J.: «Bail rural et réforme de la saisie immobilière», *GP*, 2007, núms. 5-6, pp. 2-4.

Aplicación de la nueva regulación legal prevista en la Ordenanza de 21 de abril de 2004 y su Reglamento de 27 de julio de 2006 sobre embargo inmobiliario y arrendamiento rústico. Aplicación y novedades. (*I. S. P.*)

LANDINI, S.: «Torto e sanzioni nella teoria della responsabilità di Salvatore Romano», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1060-1092.

Artículo que sintetiza los aspectos más significativos de la teoría de la responsabilidad civil de Salvatore Romano: responsabilidad contractual y extracontractual, sanciones privadas, pena y reparación. (*B. F. G.*)

LANGHEID, T.: «Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht», *NJW*, 2006, núm. 46, p. 3317.

El autor, miembro de la comisión de reforma de la ley del contrato de seguro, examina los pasos dados en esta dirección y expone las principales novedades del proyecto. (*B. T. G.*)

LASSO, A.: «“Culpa in vigilando” della P.A. e “mobilità” dei confini della prescrizione nel risarcimento del danno da emotrasfusioni», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 578-598.

Comentario a la sentencia de la *Corte d'Appello* de Roma de 31 de enero de 2005 (núm. 429), sobre sujeto responsable y prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una transfusión de sangre. (*B. F. G.*)

LESCURE, P.: «La categorie des éléments pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS)», *RDImm*, 2006, núm. 5, pp. 347-355.

Problemas de delimitación entre responsabilidad específica y responsabilidad solidaria de los fabricantes. Imposibilidad actual de delimitación en la jurisprudencia ante las diferentes interpretaciones de la Corte de casación y el Consejo de Estado. (*R. A. R.*)

LEWIS, R.: «The Politics and Economics of Tort Law: Judicially Imposed Periodical Payments of Damages», *Modern L. Rev.*, mayo 2006, vol. 69 (3), pp. 418-442.

Examen del impacto de la nueva normativa, promulgada en 2005, y que permite al juez inglés, bajo ciertas condiciones, imponer el abono de la indemnización por lesiones corporales en forma de pensión periódica en lugar de mediante el pago de una suma a tanto alzado. El autor analiza los condicionantes políticos, económicos y culturales que han llevado a estas reformas y su impacto sobre los presupuestos esenciales del derecho de la responsabilidad civil. (*J. R. I.*)

LIPARI, N.: «Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto», *RTDPC*, 2006, núm. 3, pp. 711-736.

Análisis del Derecho de obligaciones y sus posibles reformas ante la perspectiva del Código europeo de contratos, con especial referencia a las fórmulas de interpretación e integración del contrato: el recurso de las cláusulas generales y el principio de la buena fe. (*M. R. D. R.*)

LOMBARDI, E.: «L'ordonnance n. 2005-136 e l'applicazione in Francia della Direttiva 99/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"», *RDC*, 2006, núm. 5, parte prima, pp. 701-710.

Observaciones en torno a la transposición de la Directiva europea sobre venta y garantía de bienes de consumo. Problemas de adaptación al Derecho civil francés y especial referencia a la materia de los vicios del contrato y sus remedios: acciones de defensa. (*M. R. D. R.*)

LOOS, M. B. M.: «The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *ZEuP*, 2007, núm. 1, pp. 5-36.

El derecho de desistimiento del consumidor en ciertos contratos está regulado de forma diversa en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, y el artículo plantea el problema de su armonización. Por otra parte, se examina en qué medida ese derecho de desistimiento es un medio de protección útil y efectivo para el consumidor. (*M. G.-R.*)

LUMINOSO, A.: «La vendita e i contratti di alienazione», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 299-327.

Luces y sombras en la disciplina del contrato traslativo en el ámbito comunitario e internacional. (*M. R. D. R.*)

MACARIO, F.: «Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 361-409.

Observaciones respecto de la figura de la venta en garantía, como figura independiente del contrato de compraventa por su función de garantía real. Dificultades de reconocimiento como tal figura independiente, basadas en la prohibición del pacto comisorio, la teoría del *numerus clausus* de los derechos reales y la necesaria tipicidad de los contratos traslativos y de los derechos reales. (*M. R. D. R.*)

MAGGIOLO, M.: «Inadempimento e oneri probatori», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 165-178.

Análisis de la carga de la prueba en los supuestos de incumplimiento y los diferentes hechos a probar: hecho dañoso, incumplimiento, relación de causalidad, cuantificación del daño. Aproximación del régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual. (*M. R. D. R.*)

MAIER-REIMER, M.: «Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr», *NJW*, 36/2006, pp. 2577-2583.

La Ley general de igualdad de trato en el tráfico jurídico-civil.

Después de profundas controversias políticas y un fuerte retraso entró en vigor el 18 de agosto de 2006 la ley de transposición de las Directivas comunitarias antidiscriminación. El conflicto y el retraso se basaba en que la ley en los aspectos relativos al tráfico jurídico civil debería ir más allá de la Directiva y el resultado fue así. El artículo presenta esta ley en su ámbito de aplicación para el Derecho civil. (*M. P. G. R.*)

MAJO, A. DI: «Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 67-79.

Reflexión sobre la tendencia generalizadora del concepto de incumplimiento y sus remedios en el proceso de unificación del Derecho de obligaciones. (*M. R. D. R.*)

MALINVAUD, PH.: «Vers un nouveau régime prétorien de la responsabilité des constructeurs pour troubles de voisinage», *RDImm*, 2006, núm. 4, pp. 251-258.

Cambio en el tratamiento de la responsabilidad del constructor por la Sala tercera de la Corte de Casación civil francesa al convertir al constructor en un vecino ocasional y asignándole responsabilidad objetiva. (*R. A. R.*)

MANCO, R.: «Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina *antitrust*», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 562-577.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de febrero de 2005 (núm. 2207) sobre la legitimación del consumidor para interponer una acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo de la Ley *antitrust* de 10 de octubre de 1990, núm. 287. (*B. F. G.*)

MANDEVILLE, B./DEHAUDT, S.: «Validité des échanges de terres louées: des règles plus favorables pour le preneur contre l'avis du parlement», *GP*, 2007, núms. 5-6, pp. 10-15.

Validez del cambio de tierras arrendadas frente a la prohibición general de cesión de los arrendamientos rústicos debido a razones políticas impulsadas por la reforma de 1946. Posición jurisprudencial y crítica doctrinal. (*I. S. P.*)

MANFREDONIA, M.: «Validità inter partes del patto di riservato dominio nelle compravendite di autoveicoli non immatricolati e sua opponibilità alle curatele fallimentari», *GC*, 2006, núms. 4-5, pp. 229-237.

Breve reflexión sobre los efectos *inter partes* del pacto de reserva de dominio de bienes muebles, y la posible oponibilidad a terceros en casos de quiebra. (*M. R. D. R.*)

MARION, C./PARMENTIER, M.: «Recouvrement d'une créance à l'encontre du syndicat des copropriétaires: les moyens a disposition du créancier impayé», *GP*, 2006, núms. 319-320, pp. 38-45.

Crédito contra la comunidad de propietarios. Acciones frente a ella y responsabilidad. Embargo y administración judicial. (*I. S. P.*)

MARSEGLIA, C.: «Contrasto tra clausole contenute in un contratto concluso mediante moduli o formulari», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 685-689.

Comentario jurisprudencial acerca de la *interpretatio contra stipulatorem* de las condiciones generales recíprocas de los contratos de adhesión. (*Alma R. G.*)

MERUZZI, G.: «La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 944-976.

La evolución normativa y jurisprudencial pone en tela de juicio la noción clásica de *culpa in contrahendo*: la responsabilidad precontractual es admitida también en el caso del contrato válidamente concluido; la posición del Tribunal Supremo sobre el contenido concreto del principio de no interferencia entre las reglas de validez y las reglas de conducta; el reconocimiento de la buena fe precontractual como cláusula general y sus reflejos; la definición del deber precontractual de información. (*Alma R. G.*)

MINERVINI, E.: «Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 635-661.

Artículo dedicado a la tutela colectiva de los consumidores en el ámbito contractual y, en concreto, análisis de los remedios preventivo e inhibitorio. (*Alma R. G.*)

MONACHE, S. DELLE: «Fedeltà al principio consensualistico?», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 285-290.

Notas sobre el requisito de la voluntad de transmitir y de adquirir en los negocios traslativos, ante el principio del consenso traslativo: interpretación del significado del principio del consenso traslativo. (*M. R. D. R.*)

MONATERI, P.: «L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 523-529.

Reflexión ante la posible reforma del artículo 2043 CC y 2059 CC, en relación a la aplicación del principio de equidad y resarcimiento del daño moral. (*M. R. D. R.*)

MONTBRIAL, D.: «La clarification judiciaire des règles de l'assurance-vie», *GP*, 2006, núms. 309-311, pp. 2-6.

Postura jurisprudencial respecto al seguro de vida: retorno a la seguridad jurídica y responsabilidad del suscriptor asegurado. (*R. A. R.*)

MONTFORT, C.: «A la recherche d'une notion de conformité contractuelle. Etude comparée de la Convention de Vienne, de la directive 1999/44 et de certains transpositions nationales», *ERPL*, 2006, núm. 4, pp. 487-510.

La noción de conformidad en el contrato de compraventa en la Convención de Viena y en la Directiva sobre Garantía en la Venta de Bienes de Con-

sumo. El autor pone de manifiesto como los mismos textos son interpretados de forma diferente en cada Ordenamiento jurídico, y los peligros que ello conlleva. (*M. G.-R.*)

MORABITO, V.: «An Australian Perspective on Class Action Settlements», *Modern L. Rev.*, 2006, vol. 69, núm. 3, pp. 347-382.

Estudio detallado sobre el Derecho australiano en materia de acuerdos transaccionales en los casos en que la parte demandante ha ejercitado una acción de clase (*class action*). El autor extrae algunas lecciones de la experiencia australiana, que juzga satisfactoria sólo en parte. En su opinión, quienes proponen introducir este tipo de acción en otros países deberían tener en cuenta problemas como la discriminación de categorías de miembros en la toma de los acuerdos, la posibilidad de que las partes los adopten sin contar con los representantes de la clase de que se trate, así como el importante papel del órgano judicial –y los medios con que debe contar– a la hora de examinar si el acuerdo es justo y razonable. (*A. R. G.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «Violazione del termine ragionevole del processo: il danno non patrimoniale e gli oneri di allegazione della parte – osservazione a Cass. 23 aprile 2005 n. 8568 e Cass. 30 marzo 2005 n. 6714», *GC*, 2006, núms. 4-5, pp. 909 ss. (*M. R. D. R.*)

MOSCATI, E.: «Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 459-509.

Propuestas de reforma en materia de enriquecimiento sin causa y pago de lo indebido: modelos restitutorios. (*M. R. D. R.*)

– «Osservazioni in tema di imputazione dei pagamenti», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 978-982.

Comentario jurisprudencial sobre diligencia y buena fe en la imputación de los pagos. (*Alma R. G.*)

NAVARRETA, G.: «Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 411-436.

Observaciones sobre la perspectiva de reforma en materia de causa contractual, en aras de la flexibilización del requisito de equilibrio de prestaciones en los contratos, en el proyecto de unificación europeo en materia contractual. (*M. R. D. R.*)

NEGRO, A.: «Pluridimensionalità del danno biologico o danni diversi?», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1128-1131.

Comentario jurisprudencial concerniente a los criterios de liquidación del daño biológico. Daño biológico y daño existencial. (*Alma R. G.*)

NOBILI, V.: «Compensazione giudiziale e decorrenza della prescrizione del diritto a far valere i rispettivi crediti», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1175-1178.

Comentario jurisprudencial sobre los efectos de la prescripción del derecho de crédito en la compensación judicial. (*Alma R. G.*)

– «Lo statuto del progettista: delimitazione dell'oggetto dell'obbligazione, solidarietà con l'appaltatore e natura giuridica della responsabilità», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 1282-1287.

Comentario a la sentencia sobre el contenido y el objeto de la obligación del proyectista de una obra, y la naturaleza jurídica de su responsabilidad frente al comitente. (*Alma R. G.*)

NOVA, G. DE: «I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 67-79.

Reflexión sobre la oportunidad de tipificar los contratos atípicos e incluirlos, junto con los regulados en leyes especiales, en el proyecto de la nueva codificación. (*M. R. D. R.*)

ONORATO, M.: «Leasing c.d. “traslativo” ed inadempimento dell’ utilizzatore: giurisprudenza e dottrina», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 611-616.

Artículo dedicado al contrato de *leasing* transmisivo y a la normativa sobre la compraventa con reserva de dominio. (*Alma R. G.*)

OPPO, G.: «Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 43-55.

Revisión del Derecho de los contratos y de las relaciones jurídico-obligatorias, con especial referencia al contrato mercantil y normas de competencia, y contratos con consumidores, contratos en masa y cláusulas abusivas. (*M. R. D. R.*)

ORLANDI, M.: «Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 67-79.

Análisis del régimen de la cotitularidad activa en las relaciones jurídico-obligatorias: responsabilidad aquiliana y solidaridad. (*M. R. D. R.*)

PACIA, R.: «Simulazione e pubblicità immobiliare: tutela dell’ avente causa», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 1350-1360.

Comentario a la sentencia sobre simulación absoluta en un contrato de venta de un inmueble y sobre la inoponibilidad de la sentencia declarativa de la simulación al acreedor del adquirente. (*Alma R. G.*)

PAESANO, G.: «Brevi riflessioni su diagnosi prenatale, aborto eugenetico e diritto a nascere sano», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 958-1004.

Comentario jurisprudencial sobre el derecho a nacer sano y la responsabilidad del médico de la madre gestante respecto a los daños causados de forma negligente al concebido y no nacido. (*Alma R. G.*)

PALADINI, F.: «Responsabilità civile e danni da fumo attivo – nota ad App. Roma, sez. I, 7 marzo 2005, n. 1015», *GC*, 2006, núm. 6, pp. 1304-1309. (*M. R. D. R.*)

PARACAMPO, M. T.: «Servizio di informazione finanziaria e foro competente nelle controversie con il consumatore», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 872-879.

Comentario jurisprudencial sobre el foro competente para la resolución de las controversias relativas al servicio de información a los consumidores sobre informaciones financieras. (*Alma R. G.*)

PATTI, S.: «Sulla riforma del quarto libro del codice civile: i contratti per adesione», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 205-213.

Observaciones sobre la reforma concreta de los contratos en masa y las condiciones generales: control de las cláusulas abusivas. (*M. R. D. R.*)

PEIGNOT, B.: «L'ordonnance du 13 juillet 2006 relative au statut du fermage», *GP*, 2007, núms. 5-6, pp. 5-9.

Modificaciones en el estatuto agrario con la Ley de 5 de enero de 2006. Armonización de causas de ruptura del arrendamiento en el artículo 411 del Código rural; renovación y régimen jurídico. Aplicación temporal. (*R. A. R.*)

PELLEGRINI, L.: «La locazione di un bene in comproprietà», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 776-791.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Bari de 6 de febrero de 2004 sobre arrendamiento del bien común por uno de los copropietarios y su eficacia frente a los demás copropietarios. (*B. F. G.*)

PERLINGIERI, P.: «Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 804-871.

Dictamen sobre la posible calificación como «abusivas» de unas cláusulas de un contrato de compraventa entre un profesional y un consumidor y las consecuencias de la elevación a escritura pública de dicho contrato. (*B. F. G.*)

– «La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 99-120.

Análisis de las modificaciones subjetivas en la relación jurídico-obligatoria: cesión de créditos en los Principios Lando y Unidroit, notificación y papel del cesionario en la eficacia de la cesión. (*M. R. D. R.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Le nouveau statut de la vente d'immeubles à rénover», *RDImm*, 2006, núm. 5, pp. 329-339.

Estudio de la Ley ENL de julio de 2006 sobre la nueva regulación de la venta de inmuebles. Situación entre venta pura y simple y venta de inmuebles sin construir. Régimen jurídico, forma, derechos y deberes, etc. (*R. A. R.*)

PETERS, F.: «Die Zession, § 402 und das Recht des Schuldners auf informationelle Selbstbestimmung», *AcP*, núm. 6, 2006, pp. 843-866.

El § 402 BGB, en materia de cesión de créditos, establece que el cedente ha de comunicar al cesionario toda la información necesaria sobre el crédito cedido. Frente a ello, el autor opone la posible agresión del cedente a la intimidad del cedido, cuando las circunstancias del surgimiento del crédito puedan afectar a este último. (*M. G.-R.*)

PETRELLI, G.: «Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 287-326.

Comentario del *d. legisl. 20 giugno 2005* núm. 122, sobre tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción.

Especial referencia a la función y naturaleza jurídica de las cláusulas que integran el contenido del contrato y los efectos del incumplimiento: responsabilidad del constructor, derecho de desistimiento unilateral del adquirente, posibilidad de renegociación e integración del contrato, supuestos de nulidad relativa, consecuencias del incumplimiento contractual. (*M. R. D. R.*)

PINNA, A.: «Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 589-610.

Artículo dedicado al examen del consentimiento informado del paciente en el ámbito sanitario. (*Alma R. G.*)

PONZANELLI, G.: «Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 327-334.

Observaciones sobre la figura de la «acción colectiva» de responsabilidad civil extracontractual por daños morales (*class action*): límites, efectos y sistemas indemnizatorios. (*M. R. D. R.*)

PORRECA, P.: «La matrice esistenziale del danno biologico», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 709-716.

Comentario de sentencia sobre el daño existencial y el daño biológico. (*Alma R. G.*)

QUARTICELLI, P.: «Contratto di vendita di pacchetto turistico e nullità per mancanza di forma scritta», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 882-886.

Comentario jurisprudencial en materia de la forma exigida para la validez del contrato de viaje combinado. (*Alma R. G.*)

– «La prova liberatoria dei genitori responsabili per *culpa in educando* ed in *vigilando* del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile, ex art. 2048 cod. civ.», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 993-998.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de edad, fundamentalmente en relación a la prueba exoneradora de la responsabilidad paterna. (*Alma R. G.*)

RESCIGNO, P.: «Il libro delle obbligazioni tra modernizzazione e riforma», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 33-42.

Breves notas sobre la necesidad de modernizar el Derecho de obligaciones, ante las reformas establecidas y por elaborar en el entorno europeo. (*M. R. D. R.*)

ROBINE, F./SOUDANT, A.: «Quelques aspects techniques de l'estimation de l'indemnité d'éviction», *GP*, 2006, núms. 349-350, pp. 3-10.

Análisis del contenido del balance contable de una empresa y la posible indemnización por evicción, según diversas hipótesis del valor de las acciones. (*I. S. P.*)

ROTH, H.: «Der Arzt als Samariter und das Haftungsrecht», *NJW*, 2006, núm. 39, p. 2814.

El artículo examina la responsabilidad del médico que interviene en situaciones de emergencia, llegando a la conclusión de que, en esta hipótesis,

el profesional médico está sometido a un régimen de responsabilidad debilitada. (B. T. G.)

ROULET, V.: «Sous-traitance en chaîne, chaîne de difficultés», *GP*, 2006, núms. 319-320, pp. 33-37.

La subcontrata. Evolución de su regulación jurídica y su interpretación. Problemas de responsabilidad. (R. A. R.)

RYFMAN, PH.: «Vers un renouveau du bail emphytéotique au service des associations», *GP*, 2006, núms. 270-271, pp. 2-3.

Problemas de valoración del metro cuadrado de oficina en alquiler ante la expansión de asociaciones y sociedades no gubernamentales más allá de sus fronteras nacionales. Necesidad de nuevas soluciones como el arrendamiento enfiteútico según L-451.1 a 451.13 del Código rural. Problema: olvido legislativo y doctrinal. (I. S. P.)

SACCO, R.: «Il problema della riforma (la conclusione del contratto)», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 199-204.

Observaciones sobre la reforma del Derecho de obligaciones y los obstáculos actuales para la unificación. (M. R. D. R.)

SALVESTRONI, U.: «Causa ed oggetto nel testamento e nei negozi intervivos», *RTDPC*, 2006, núm. 3, pp. 737-754.

Reflexión respecto del papel de la autonomía privada en el ámbito testamentario y negocios *inter vivos* como la donación, negocios asociativos, fundaciones, sociedades y negocios unilaterales: causa, objeto y efectos de dichos negocios. (M. R. D. R.)

SCALISI, V.: «Il contratto e l'invalidità», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 237-252.

Observaciones sobre la figura de la nulidad contractual, sus tipos y régimen jurídico y su tratamiento en los proyectos de unificación europea. (M. R. D. R.)

SCHERER, J.: «Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 2003 bis 2006», *NJW*, 2006, núm. 28, p. 2016.

El artículo da cuenta de la evolución actual del Derecho de telecomunicaciones desde 2003 a abril de 2006, en relación y como continuación de los informes publicados en *NJW* 1998, p. 1607, *NJW* 2000, p. 772, *NJW* 2003, p. 1004 y de la descripción de la nueva Ley de telecomunicaciones (TKG) contenida en *NJW* 2004, p. 3001. (B. T. G.)

SCHWARTZ, A./SCOTT, R. E.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», *Harvard L. Rev.*, 2007, vol. 120, núm. 3, pp. 662-707.

Los autores echan mano del análisis económico para examinar los casos de ruptura de acuerdos preliminares en los que una de las partes se comprometió a realizar una determinada inversión económica antes de concluir un contrato definitivo. Aunque dicho tipo de acuerdos sea ventajoso en general, los problemas surgen cuando una de las partes retrasa estratégicamente la inversión que le correspondería hacer. Schwartz y Scott defienden que conviene evitar que las partes dejen de concluir acuerdos preliminares como el descrito por el simple temor de que una de ellas pueda actuar de la forma

descrita. Por ello, concluyen, el Derecho debe proteger a la parte que confió en que la otra realizaría la inversión a la que se comprometió. (A. R. G.)

SERRA, M. P.: «Sulla natura della promessa di pagamento e della ricognizione di debito», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 1289-1295.

Comentario jurisprudencial relativo a la promesa de pago y reconocimiento de deuda: ¿naturaleza declarativa o negocial? (Alma R. G.)

SHIFFRIN, S. V.: «The Divergence of Contract and Promise», *Harvard L. Rev.*, 2007, vol. 120, núm. 3, pp. 709-753.

Las promesas que se encuentran en la base de todo contrato quedan sometidas a dos conjuntos de normas, morales unas, jurídicas las otras. Sin embargo, lo que resulta jurídicamente permitido puede repugnar a la conciencia moral. Para la autora, es preciso que el Derecho de contratos se adecue a los imperativos de la moral, lo que a su juicio no ha sucedido todavía en los Estados Unidos de América. Por ello, afirma, cuando una persona decente desde el punto de vista moral concluye un contrato a menudo le resulta difícil actuar decentemente. (A. R. G.)

SIANO, C.: «Principi giurisprudenziali di responsabilità medica e risarcimento del danno per nascita indesiderata di un figlio handicappato», *NGCC*, 2006, núm. 12, pp. 1333-1344.

Comentario a la sentencia en relación con el nacimiento de un hijo no deseado: ¿fuente de responsabilidad médica? (Alma R. G.)

SICCHIERO, G.: «Buona fede e rischio contrattuale», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 919-943.

La justicia contractual entre la autonomía y el mercado. La proporcionalidad entre los valores de las prestaciones como sistema de tutela del contratante débil. (Alma R. G.)

SIRENA, P.: «Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 531-537.

Análisis del régimen jurídico de los daños punitivos en el *Common Law* y de los daños morales subjetivos del *Civil Law*. Remedios restitutorios y concurrencia con la acción de resarcimiento del daño. (M. R. D. R.)

– «La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)», *RDC*, 2006, núm. 3, parte prima, pp. 305-322.

Revisión de la experiencia italiana en materia de enriquecimiento sin causa, con especial referencia a los supuestos de falsificación e ilícito competencial: relación entre la restitución y el resarcimiento. (M. R. D. R.)

SIRGIOVANNI, B.: «Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 718-775.

Exposición de la tesis de la autora sobre la interpretación del contrato no negociado individualmente con el consumidor, a partir del estudio de los artículos 34.1 y 35.2 del Código de consumo italiano. (B. F. G.)

SMITH, M.: «Rectification of Contracts for Common Mistake, *Joscelyne v Nissen* and Subjective States of Mind», *L. Q. R.*, enero 2007, vol. 123, pp. 116-132.

El trabajo estudia los requisitos o presupuestos necesarios para que el error común de los contratantes dé lugar a la rectificación del contrato en el Derecho inglés, así como en los Derechos de Australia y Nueva Zelanda. A juicio del autor, no es preciso indagar cuál fue la intención subjetiva de las partes, sino que basta un examen objetivo sobre las comunicaciones que manifiestamente hayan tenido lugar entre aquéllas. Por esta razón, defiende que el enfoque de la sentencia de la *Court of Appeal* inglesa citada en el título del trabajo, seguida por muchas otras, es preferible al enfoque seguido por los tribunales en los otros países referidos. (A. R. G.)

SPADA, P.: «I titoli di credito», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 511-519.

Notas acerca de la oportunidad de la reforma de los títulos de crédito al hilo de la reforma del Derecho de las obligaciones y contratos: experiencia y legislación. (M. R. D. R.)

SPICKHOFF, A.: «Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe», *NJW*, 2006, núm. 29, p. 2075.

El artículo se ocupa de la información médica previa al consentimiento cuando se trata de intervenciones médicas de motivación altruista, como los trasplantes. (B. T. G.)

STAPLETON, J.: «Occam's Razor Reveals an Orthodox Basis for *Chester v Afshar*», *Oxford J. Legal Stud.* 2006, vol. 122, pp. 426-448.

Comentario en torno a la controvertida sentencia *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, que condenó a un cirujano que no informó de cierto riesgo de una intervención a la que la paciente, tarde o temprano, se hubiera tenido que someter. La autora subraya que esta sentencia no es tan heterodoxa como apuntan sus críticos y que el punto flaco de la crítica radica en no separar con nitidez las cuestiones causales (*historical involvement*) de las relativas al alcance de la responsabilidad (*scope of liability for consequences*). Es en este segundo momento donde debe justificarse por qué la actualización de riesgos no advertidos resulta una consecuencia imputable a la omisión de la obligación médica de informar, aunque el paciente sólo pudiese retrasar, pero no evitar, la intervención. (J. R. I.)

STAUDINGER, A.: «Schadensersatzrecht- Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen», *NJW*, 34/2006, pp. 2433-2439.

Derecho de daños: competencias de ideas y de ordenamientos.

El sexagésimo sexto *Deutsche Juristentag* se ocupó en su sección de Derecho civil de la cuestión de si y en qué medida era necesaria la reforma del Derecho de daños. El artículo presenta algunos de los puntos nucleares del informe, sobre los cuales ya escribió G. Wagner en el núm 22/2006 de esta misma revista. Cuestiones como la diferencia entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial, la prohibición del enriquecimiento a través del Derecho de daños y su conexión con la finalidad preventiva, la comercialización de los intereses inmateriales a través del contrato, los daños colectivos, los daños masivos, son analizadas por el autor. (M. P. G. R.)

TERRUSI, F.: «Brevi note sulla definitiva affermazione del danno esistenziale— nota a Cass., sez. un., 24 marzo 2006 n. 6572», *GC*, 2006, núms. 7-8, pp. 1450-1451. (*M. R. D. R.*)

THIESEN, F.: «Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo», *NJW*, 34/2006, pp. 3102-3105.

Consecuencias jurídicas de una reclamación de daños por c.i.c.

Comentario a la sentencia del BGH de 19 de mayo de 2006, que aborda entre otras las consecuencias jurídicas de la *culpa in contrahendo* como consecuencia del incumplimiento del deber de información previo a la celebración de un contrato y la trascendencia que en estas consecuencias ha traído la reforma del Derecho de obligaciones en el BGB. (*M. P. G. R.*)

THÜRMAN, D.: «Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache», *NJW*, 2006, núm. 48, p. 3457.

Instalada una cosa defectuosa, en el contexto del nuevo Derecho de obligaciones alemán, se plantea la pregunta de cuál es el régimen aplicable a los gastos de su desmontaje y de la posterior instalación de un bien conforme. (*B. T. G.*)

VALLE, L.: «L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 662-672.

Análisis de la normativa italiana reguladora de los remedios jurídicos frente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, en concreto, examen de las previsiones legislativas sobre nulidad contractual. (*Alma R. G.*)

VIGLIONE, R.: «Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzi e di risultato», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 835-847.

Comentario jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 2226 del Código civil, en materia de vicios y deformidad de la obra contratada, al contrato de obra intelectual. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2006, núms. 288-290.

Estudios en torno a la discusión sobre arbitraje monista o dualista en Francia, Suiza e Italia. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Droit de la publicité», *GP*, 2006, núms. 328-329.

Estudios varios sobre publicidad: publicidad alimentaria; acceso a la distribución de la publicidad televisiva y situación jurídica de los nuevos productos en Alemania. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «L'indemnisation du dommage corporel», *GP*, 2006, núms. 323-325.

Estudios jurisprudenciales sobre la indemnización del daño corporal y la fijación de daños e intereses. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2006, núms. 347-348.

Diversos estudios sobre la jurisprudencia francesa en materia de arbitraje; sentencias sobre arbitraje internacional y autonomía del arbitraje comercial. (*I. S. P.*)

WAGNER, G./POTSCH, N.: «Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz», *JZ*, 22/2006, pp. 1085-2000.

Responsabilidad por daños por discriminación según la ley general de igualdad de trato (AGG).

El artículo analiza las normas de responsabilidad de la nueva AGG y se dedica después de un estudio del supuesto de hecho a la cuestión de la responsabilidad. En concreto, a qué tipo de daños sufren las víctimas de la discriminación y cuál es su valoración. (M. P. G. R.)

WIESE, V.: «Der Rückgewähranspruch des Verkäufers bei aliud- und sonstig mangelhaften Lieferungen. Ein Lösungsansatz jenseits des Bereicherungsrechts», *AcP*, 2006, núm. 6, pp. 902-945.

El derecho de restitución del vendedor en caso de prestación de cosa defectuosa o distinta de la pactada y su posible concurrencia con las normas de enriquecimiento injusto, tras la reforma del Derecho de obligaciones alemán. El autor rechaza la por algunos autores pretendida concurrencia. (M. G.-R.)

WILLEMSSEN, H. J./SCHWIBERT, U.: «Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz», *NJW*, 36/2006, pp. 2583-2592.

Protección de los empleados en la Ley general para la igualdad de trato.

La Ley general de igualdad de trato (AGG) contiene como núcleo principal en alguna de sus partes una completa regulación de la protección de los empleados. Esta parte, como la AGG en su conjunto, es el resultado de un difícil compromiso político después de un largo proceso en el que se replantean públicamente complejas cuestiones jurídicas de gran trascendencia práctica. Este artículo da una primera impresión sobre las disposiciones laborales de la AGG. (M. P. G. R.)

ZIMMERMANN *et alri*: «Der Gemeinsame Referenzrahmen: ZEuP-Symposium in Graz», *ZEuP*, 2007, núm. 1, pp. 109-323.

La Unión Europea ha iniciado un nuevo proyecto llamado Marco Común de Referencia sobre Derecho Contractual. La revista celebró un Simposio en Graz sobre este asunto, y en ella se recogen las diferentes aportaciones. (M. G.-R.)

ZOPPINI, A.: «Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime)», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 67-79.

Notas sobre las fuentes del Derecho privado y la necesidad de adaptación del Derecho de obligaciones a la tendencia unificadora de la Unión Europea y a criterios de eficacia económica. (M. R. D. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALCARO, F.: «Riflessioni “vecchie” e “nuove” in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 899-970.

Análisis de cuestiones clásicas como la posesión a la luz de los derechos de autor sobre bienes inmateriales. (B. F. G.)

ALRAN, L.: «Les inventions de salariés», *GP*, 2006, núms. 344-346, pp. 5-8.

Estudio a propósito del reconocimiento jurisprudencial mediante la interpretación del artículo 611.7.1.º del Código de propiedad intelectual. Indemnización y justo precio. (*R. A. R.*)

ANGELIS, D. DE: «Opera musicale e plagio parziale», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1152-1156.

Comentario jurisprudencial relativo al plagio parcial o camuflado de una composición musical. (*Alma R. G.*)

BALDUS, C.: «Die systematische Funktion der sogenannten Verkehrsauffassung beim Verlust des Besitzes: Portugiesisches, deutsches und römisches Modell», *ZEUP*, 2006, núm. 4, pp. 766-784.

El trabajo hace un estudio comparativo entre los Derechos romano, alemán y portugués acerca de cuándo se entiende perdido el poder fáctico sobre una cosa que implica la posesión; con especial atención a la opinión general en el tráfico jurídico. (*M. G.-R.*)

BONOMO, G.: «L'assenza del "fine commerciale" nelle utilizzazioni libere ex art. 70 l.d.a.», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 4, pp. 529-534.

Artículo dedicado a los usos libres en materia de publicidad. (*Alma R. G.*)

– «Sponsorizzazioni e televendite nel nuovo codice della radiotelevisione», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 3, pp. 326-358.

Artículo sobre el *sponsor* en el ámbito radiotelevisivo y las razones de una normativa específica reguladora del mismo. (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «Nullità urbanistiche e irragionevolezza del legislatore», *NLCC*, 2006, núm. 6, pp. 1309-1340.

Comentario al artículo 30.4 bis, del texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de edificación, introducido por el artículo 12.4 de la Ley de 28 de noviembre de 2005, núm. 246, sobre protección del adquirente de inmueble afectado por vicio oculto o evicción, relacionado con el derecho a edificar. (*M. R. D. R.*)

CARON, CH.: «Loi du 1er. Août 2006 relative au droit d'auteur», *SJ*, núm. 38, I-169, pp. 1745-1752.

Estudio de la Ley 2006-961 de 1 de agosto. Destaca el autor la preocupación del legislador por la copia privada y las medidas de protección con el uso de internet. Importancia de la reforma. (*R. A. R.*)

CATARINELLA, P.: «La rete e i conflitti di leggi nello spazio in diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 4, pp. 485-528.

A través de la comparación de los dos sistemas jurídicos existentes, el derecho de autor y el *copyright*, el presente artículo busca adentrarse en el estudio de los conflictos de leyes que pueden surgir en materia de propiedad intelectual, con particular referencia a las obras artísticas y literarias creadas, o también traducidas, en formato digital o transmitidas por las redes de la infraestructura de la información. (*Alma R. G.*)

CATERINA, R.: «Feticci e tabù: la riserva di usufrutto e la crisi dei modelli pandettistici», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 255-286.

Análisis, desde la Exégesis, Dogmática y Pandectística, del tema de la reserva de usufructo a favor propio o de un tercero, por parte del propietario transmitente. (*M. R. D. R.*)

CHILSTEIN, D.: «Les biens à valeur vénale négative», *RTDC*, 2006, núm. 4, pp. 663-689.

Problemas actuales con la utilización de bienes sin valor económico alguno y su confrontación con el concepto jurídico de bien como fuente de riqueza. Necesidad de un nuevo concepto jurídico que acabe con ello y permita introducir nuevas instituciones jurídicas. (*I. S. P.*)

DELGADO, A.: «La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de propiedad intelectual. (Derecho de autor y derechos afines al de autor)», *RIDA*, octubre 2006, núm. 210, pp. 5-51.

Análisis de la transposición, en España, de la Directiva 2001/29/CE. El autor es el Presidente del Instituto de Derecho de Autor (Madrid), Antonio Delgado. (*C. J. D.*)

DESURMONT, T.: «La transposition en France de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», *RIDA*, octubre 2006, núm. 210, pp. 111-183.

Relato y análisis de la transposición, en Francia, de la Directiva 2001/29/CE. (*C. J. D.*)

EBNER, M.: «Fondamento ed estensione del divieto di usufrutto successivo», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 335-362.

Examen de la figura del usufructo sucesivo, desde diferentes supuestos: legado de usufructo sucesivo y sustitución fideicomisaria, usufructo a término inicial no coincidente con la muerte, donación con reserva de usufructo sucesivo, usufructo sucesivo en actos *inter vivos*. (*M. R. D. R.*)

FABIANI, M.: «Il plagio di parti o di elementi dell'opera musicale», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 3, pp. 371-375.

En la controversia jurídica entre una autora de composiciones musicales y la *Warner Chappel Music Ltd.*, el tribunal se pronuncia sobre los límites dentro los cuales los extractos o partes de una composición musical pueden constituir una obra a los fines de obtención de la protección del *copyright*. (*Alma R. G.*)

FARACE, D.: «Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 363-386.

Estudio del ámbito de eficacia de las prohibiciones de disponer impuestas *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

GAUBIAC, Y.: «Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle», *RIDA*, enero 2007, núm. 211, pp. 91-139.

Observación y análisis de la cuestión de la interoperabilidad en el Derecho francés de la propiedad intelectual. Según el legislador francés, las medi-

das técnicas adoptadas para la protección de un derecho de propiedad intelectual, no deben ser un obstáculo a la interoperabilidad, respetándose siempre el derecho de los autores. A juicio del autor, el lugar de la interoperabilidad en el seno del Derecho de la propiedad intelectual está aún por encontrarse, y su régimen jurídico, necesitado de precisarse. (C. J. D.)

GERGEN, T.: «Wie kommt das Gewollte ins Grundbuch? Zur inhaltlichen Bezugnahme der Einigung auf die Eintragung», *AcP*, 2006, núm. 4, pp. 624-653.

El BGB prevé, para la inscripción de modificaciones reales sobre inmuebles en el Registro, un doble paso. El acuerdo entre las partes de llevar a cabo la modificación (*Einigung*), y la inscripción en el Registro (*Eintragung*). El autor se ocupa de las discordancias que puede haber entre un acto y el otro. (M. G.-R.)

GIORDANO, R.: «Brevi considerazioni sulla motivazione del provvedimento di compensazione delle spese di lite per giusti motivi – nota a Cass. 15 febbraio 2006 n. 3282», *GC*, 2006, núm. 6, pp. 1165-1171. (M. R. D. R.)

GOTZEN, F.: «Le droit d'auteur en Europe: *Quo vadis?* Quelques conclusions après la transposition de la Directive d'harmonisation dans la société de l'information», *RIDA*, enero 2007, núm. 211, pp. 3-89.

Reflexiones acerca del devenir del Derecho de autor en Europa, tras la incorporación de la Directiva de armonización de la sociedad de la información. (C. J. D.)

HOONAKKER, PH.: «Toilettage préventif des nouvelles procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble», *GP*, 2007, núms. 21-23, pp. 3-5.

Estudio a propósito del Decreto 2006-936, de 27 de julio, sobre procedimiento de embargo inmobiliario. Plazos y reglas aplicables a la venta forzosa. (I. S. P.)

– «Présentation schématique des nouvelles procédures de saisie immobilière et de distribution du prix de vente de l'immeuble», *GP*, 2006-7, núm. 365-4, pp. 2-13.

Análisis del procedimiento de ejecución forzosa de inmuebles iniciado con el embargo y regulado mediante la Ordenanza de 23 de marzo de 2006, así como el Decreto de 27 de julio de 2006. Distribución del precio de la venta. El autor expone el procedimiento mediante esquemas de los distintos pasos. (I. S. P.)

HUYGUE, M.: «Expropriation pour cause d'utilité publique», *SJ*, 2006, núm. 27, I-155, pp. 1333-1338.

Consecuencias de la reforma del Código de expropiación con el Decreto 2005-1467, de 13 de mayo, debido al asunto «Yvon» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Posición jurisprudencial de abril de 2005 a abril de 2006. (R. A. R.)

IZZO, N.: «Il lastrico solare condominiale e la c.d. “colonna d’aria” tra diritti reali e personali – nota a Cass. 16 giugno 2005 n. 12880», *GC*, 2006, n. 3, pp. 578-588. (*M. R. D. R.*)

JENNISSEN, G.: «Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts in den Jahren 2004 und 2005», *NJW*, 2006, núm. 30, p. 2163.

El artículo expone la evolución del derecho de propiedad horizontal a través de la jurisprudencia recaída durante los años 2004 y 2005. Este trabajo es continuación de la información publicada en *NJW* 2004, p. 3527, relativa a los años 2002 y 2003. (*B. T. G.*)

LAMBERT, TH.: «Les droits des universitaires sur leurs créations intellectuelles», *SJ*, 2006, núm. 45, I-184, pp. 2039-2043.

Reconocimiento en la Ley de Programa de Investigación de un derecho de propiedad sobre sus creaciones intelectuales a los estudiantes universitarios. Protección jurídica. (*R. A. R.*)

LIEDER, J.: «The 2002-2007 revision of the finnish copyright legislation implementation of the copyright Directive of 2001 (“Information society Directive”)», *RIDA*, octubre 2006, núm. 210, pp. 53-109.

Desarrollo de la transposición, en Finlandia, de la Directiva 2001/29/CE. El autor es el Presidente de la Comisión del Derecho de autor constituida por el Ministerio de Educación y Cultura para preparar la revisión de la legislación sobre el derecho de autor. (*C. J. D.*)

LOHSSE, S.: «Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB», *AcP*, 2006, núm. 4, pp. 527-554.

En materia de bienes muebles, establece el § 930 BGB que, en caso de constituto posesorio, se sustituye la entrega por un acuerdo jurídico entre transmitente y adquirente. Por otra parte, si un tercero está en posesión de la cosa, el § 931 permite sustituir la entrega por la cesión que el propietario hace al adquirente de su derecho a reclamar la cosa.

En el supuesto de adquisición *a non domino*, el tercero de buena fe adquiere en caso de constituto posesorio sólo cuando el enajenante le entrega la cosa (§ 933). Por el contrario, si la cosa está en posesión de un tercero, sólo se adquiere *a non domino* si el enajenante tiene al menos la condición de poseedor mediato y cede el derecho a exigir su entrega; o bien cuando el tercero le entrega la cosa al adquirente (§ 934).

Como se ve, en el caso del § 934 basta el acuerdo si hay posesión mediata, mientras que en el del § 933 es necesaria la entrega de la cosa. El artículo se centra en esta contradicción valorativa. (*M. G.-R.*)

MACARIO, F.: «Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia», *RDC*, 2006, núm. 6, pp. 361-409.

Observaciones respecto de la figura de la venta en garantía, como figura independiente del contrato de compraventa por su función de garantía real. Dificultades de reconocimiento como tal figura independiente, basadas en la prohibición del pacto comisorio, la teoría del *numerus clausus* de los derechos reales y la necesaria tipicidad de los contratos traslativos y de los derechos reales. (*M. R. D. R.*)

MANFREDONIA, M.: «Validità inter partes del patto di riservato dominio nelle compravendite di autoveicoli non immatricolati e sua opponibilità alle curatele fallimentari», *GC*, 2006, núms. 4-5, pp. 229-237.

Breve reflexión sobre los efectos entre las partes del pacto de reserva de dominio de bienes muebles, y la posible oponibilidad a terceros en casos de quiebra. (*M. R. D. R.*)

MENOZZI, L.: «Le riforme della procedura civile e il diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 3, pp. 359-370.

Estudio de las nuevas normas procesales en materia de derecho de autor introducidas por el Decreto Legislativo núm. 140/2006 de recepción en el Ordenamiento italiano de la Directiva núm. 48/2004. (*Alma R. G.*)

MORETTI, M.: «Considerazioni in tema di diritto di noleggio, di prestito e di distribuzione di opere protette dal diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 3, pp. 297-325.

Artículo que analiza la específica normativa italiana reguladora del Derecho de alquiler y préstamo de obras protegidas por el Derecho de autor, introducida en el artículo 18-bis de la Ley del Derecho de Autor. (*Alma R. G.*)

PADOVINI, F.: «La facoltà di costruire edifici su fondi gravati da usufrutto», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 363-368.

Artículo dedicado a la facultad de edificar sobre fundos gravados con un derecho real de usufructo. (*Alma R. G.*)

RAGONESI, G.: «Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal D.Lgs. n. 140/2006, di recepimento della Direttiva n. 48/2004», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 4, pp. 443-484.

Artículo dedicado a las reformas introducidas en Italia respecto al procedimiento civil y su relación con el derecho de autor. (*Alma R. G.*)

ROMANA DEGL'INNOCENTI, F.: «La tutela dei diritti morali d'autore nell'Unione Europea», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 3, pp. 376-390.

Análisis de los pronunciamientos de la Corte de Justicia europea al objeto de comprender la evolución normativa de los derechos morales de autor en el ámbito de la Unión Europea. (*Alma R. G.*)

SARACENO, A.: «Brevi note in tema di descrizione di opere del disegno industriale», *Dir. Aut.*, 2006, núm. 4, pp. 571-579.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Turín de 6 de octubre de 2005 sobre la tutela jurídica del diseño industrial. (*Alma R. G.*)

SERAFINO, A.: «In tema di diritto di proprietà in Cina», *RDC*, 2006, núm. 4, parte prima, pp. 549-579.

Revisión del concepto y contenido de los derechos reales, a propósito de un proyecto de ley sobre derechos reales, en China: el sistema de propiedad en los Principios Generales del Derecho civil y en la Constitución de 1982, la posesión, los derechos reales de goce, los derechos reales de garantía, (*M. R. D. R.*)

SOLER-COUTEAUX, P.: «L'impact de la loi ENL sur le droit de l'urbanisme», *RDImm*, 2006, núm. 6, pp. 407-416.

Repercusión de la Ley 2006-872, de 13 de julio, sobre arrendamiento de viviendas estatales sobre el derecho urbanístico. Necesidad de atender normas sobre utilización del suelo. (R. A. R.)

VAN DEN BULCK, P./VERBIEST, TH.: «Jeux vidéo: synthèse d'un cadre juridique naissant», *SJ*, 2007, núms. 1-2, I-100, pp. 17-22.

Problemas jurídicos de la masiva utilización de los video juegos en red por diversos tipos de público. Protección a los menores a nivel nacional e internacional; cualificación jurídica como invento; problemas de coautoría; etc. (R. A. R.)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2007, núms. 17-18.

Estudio sobre las nuevas tecnologías en el ámbito de la comunicación. Problemas de delincuencia; régimen jurídico; etc. (R. A. R.)

VV.AA.: «Technologies avancées», *GP*, 2006, núms. 291-292.

Estudios sobre el derecho de las nuevas tecnologías; indemnización de daños; protección; etc. (I. S. P.)

VV.AA.: «Gazette de la propriété industrielle», *GP*, 2006, núms. 354-355.

Diversos estudios sobre propiedades especiales como protección en la lucha entre medicamentos genéricos y específicos; o la creación de autores asalariados. (R. A. R.)

WICKERS, TH.: «La procédure de distribution (ou le deuxième volet de la réforme des saisies immobilières)», *GP*, 2006, núms. 295-297, pp. 2-6.

Reparto del precio de adjudicación del inmueble subastado según la nueva regulación. Explicación del procedimiento de embargo y ejecución. (R. A. R.)

ZENATI-CASTAING, F.: «La propriété, mécanisme fondamental du droit», *RTDC*, 2006, núm. 3, pp. 445-466.

Análisis de la propiedad como centro del sistema jurídico civil. Bienes como objeto de apropiación; derechos como derechos incorporales dentro de la propiedad; personas como técnica de apropiación, etc. (I. S. P.)

DERECHO DE FAMILIA

ANNUNZIATA, M.: «Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne», *NGCC*, 2006, núm. 10, pp. 1093-1100.

Comentario jurisprudencial sobre el contenido y límites de la obligación de mantenimiento del hijo mayor de edad, no autosuficiente desde el punto de vista económico. (Alma R. G.)

BALLARANI, G.: «Brevi note sulla valutazione dello stato di abbandono del minore ai fini della dichiarazione di adottabilità», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 62-76.

Comentario jurisprudencial relativo al análisis del estado de necesidad del menor de edad cara a su futura adopción. (Alma R. G.)

BARBIERA, L.: «Conseguenze giuridiche della cessazione delle convivenze paraconiugali», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 665-675.

La convivencia *more uxorio* en la jurisprudencia italiana y en el Derecho comparado. La extinción de la relación por desistimiento unilateral de uno de los convivientes y utilización frente a éste de la figura de la obligación natural y de la acción de enriquecimiento injusto para la tutela del otro conviviente. (*Alma R. G.*)

BARRA CARACCILO, F.: «I diritti della personalità nella famiglia (e della famiglia)?», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 433-441.

Las normas sobre derechos de la personalidad «de la familia» y de los «familiares». Adquisición, revelación y divulgación de datos familiares reservados. Tutela externa de los derechos de la personalidad de la familia, en particular de los menores de edad. Derecho a la autodeterminación afectiva, infidelidad y responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

BIANCA, C. M.: «La filiazione: bilanci e prospettive a trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 207-215.

Reflexiones sobre el sistema de filiación existente en el Ordenamiento italiano actual, fundamentado todavía en la distinción entre la filiación legítima y la filiación natural. (*Alma R. G.*)

BIANCA, C. M.: «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 676-680.

Breve estudio de la nueva normativa italiana de 24 de enero de 2006 en materia de separación conyugal y guarda compartida de los hijos, aplicable también a los casos de divorcio y nulidad matrimonial: el Derecho del hijo a una relación personal con ambos progenitores, el derecho del menor a una relación personal con los abuelos y otros parientes, el derecho del menor a ser escuchado y el derecho de atribución de la vivienda familiar. (*Alma R. G.*)

BIANCHINI, D.: «Nuove prospettive per le adozioni nelle famiglie “allargate”: la Cassazione apre la strada ad un nuovo principio o ad un nuovo istituto?», *DFP*, 2006, núm. 3, pp. 1017-1031.

Comentario jurisprudencial sobre la adopción de mayores de edad y la adopción en otros casos especiales, como la adopción del hijo del propio cónyuge. (*Alma R. G.*)

BRUDERMÜLLER, G.: «Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2005», *NJW*, 2006, núm. 44, p. 3184.

El artículo constituye la continuación de la información contenida en la contribución publicada en *NJW* 2005, p. 3187 en materia de Derecho de familia. Aquí se considera el período comprendido entre mediados de 2005 y agosto de 2006. (*B. T. G.*)

CAPOBIANCO, E.: «I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 359-391.

Estudio de los límites de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en los casos de separación y divorcio. (*B. F. G.*)

CASAMASSIMI, V. DE: «Deposito in conto corrente di danaro personale del coniuge e relativa utilizzazione per l'acquisto di quote di partecipazione ad un fondo comune di investimento», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 946-951.

Comentario jurisprudencial que confirma la doctrina de que el dinero procedente de la venta de un bien personal por uno de los cónyuges, aunque depositado en una cuenta corriente bancaria, no pierde su cualidad de bien privativo. (*Alma R. G.*)

CASINI, M./DI PIETRO, M. L.: «Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 606-622.

Comentario jurisprudencial acerca de la legitimidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

COCUCCIO, M.: «La stabilità nel rapporto di convivenza *more uxorio*», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 52-62.

Comentario jurisprudencial acerca de la exclusión del conviviente *more uxorio* entre los legitimados activamente para solicitar el resarcimiento del daño causado por la muerte del compañero de hecho a causa del hecho ilícito de un tercero. (*Alma R. G.*)

COLLA, O.: «Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: problemi applicativi dell'art. 129 bis cod. civ.», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 442-447.

Incidencia de la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial posterior al divorcio sobre las relaciones patrimoniales de los ex cónyuges. (*Alma R. G.*)

COSTOLA, J.: «L'adozione di persone maggiori di età: ancora una volta la Corte di Cassazione supera i limiti dell'art. 291 cod. civ.», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 649-656.

Comentario de la sentencia sobre la función y límites de la adopción de personas mayores de edad. (*Alma R. G.*)

CRICENTI, G.: «Intenzione del legislatore e cultura dell'interprete. In margine ad una recente decisione in materia di procreazione assistita», *RDC*, 2006, núm. 4, parte seconda, pp. 403-413.

De nuevo, sobre el tema de la fecundación asistida y la posibilidad de conservar y seleccionar los embriones, a propósito de sentencia *Trib. Catania*, 3 maggio 2004. (*M. R. D. R.*)

FAZIO, N.: «L'affido condiviso», *GC*, 2006, núm. 6, pp. 273-276.

Breves observaciones sobre el nuevo artículo 155.1 cc, sobre la custodia compartida de los hijos en situaciones de crisis matrimonial. Problemas de ejecución y utilidad práctica. (*M. R. D. R.*)

FEIS, D. DE: «Rilievi critici sulla trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare – nota a C. cost. 21 ottobre 2005 n. 394», *GC*, 2006, núm. 6, pp. 1131-1135. (*M. R. D. R.*)

FREZZA, G.: «La casa (già) familiare», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 718-747.

Estudio de la noción de vivienda familiar en la nueva ley italiana sobre separación conyugal y guarda compartida de los hijos: el derecho de habitar la vivienda familiar después de la disolución de la familia. (*Alma R. G.*)

GALIZIA DANОВI, A.: «Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 633-637.

Debate sobre la posible inscripción en el Ordenamiento italiano del matrimonio válidamente contraído en el extranjero por dos ciudadanos italianos homosexuales. (*Alma R. G.*)

GALUPPI, G.: «Richiesta dell'adottato di conoscere le proprie origini e criteri di valutazione del giudice», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 598-603.

Solicitud de un adoptado mayor de edad, pero menor de veinticinco años, de acceder a noticias e informaciones sobre sus propias raíces biológicas. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, G.: «Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 707-717.

Estudio de la normativa italiana de 24 de enero de 2006 sobre la separación conyugal y la petición de custodia compartida de los hijos por ambos progenitores. (*Alma R. G.*)

– «Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano», *RDC*, 2006, núm. 4, parte prima, pp. 481-502.

Revisión del concepto y modelo de familia a propósito de las nuevas realidades sociales y regulaciones jurídicas del entorno comunitario. (*M. R. D. R.*)

GIACCOBE, E.: «Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 748-780.

Contenido y extensión de los deberes parentales y conyugales tras las modificaciones legales últimas en Derecho de Familia. (*Alma R. G.*)

JEAMMIN-PETIT, E.: «La libéralisation du changement de régime matrimonial», *SJ*, 2007, núm. 5, I-108, pp. 13-17.

Estudio sobre la reforma en materia de sucesiones y donaciones producida a través de la Ley 2006-728 cuyo fin es la modernización de este ámbito jurídico. También se tiende a la liberalización del cambio de régimen económico matrimonial. El autor destaca su tendencia a la contractualización. (*R. A. R.*)

LABRUSSE-RIOU, C.: «Produrre l'uomo con quale diritto? Riflessioni laiche sulla procreazione medicalmente assistita», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 387-402.

Reflexiones sobre el tema de la reproducción asistida: aspectos jurídicos y éticos. (*M. R. D. R.*)

MANERA, G.: «Osservazioni su alcuni punti più qualificanti della nuova disciplina dell'adozione internazionale dei minori», *GC*, 2006, núm. 6, pp. 277-297.

Comentario a la reforma sobre adopción internacional de menores, introducida por las Leyes de 31 de diciembre de 1998, núm. 476 y 28 de marzo de 2001, núm. 149. (*M. R. D. R.*)

MASSIP, J.: «Précisions sur les problèmes posés par la reconnaissance de l'enfant d'une femme mariée», *GP*, 2006, núms. 330-332, pp. 2-3.

Crítica a la regulación de la filiación en Francia por la distinción entre filiación legítima y natural ante el problema del reconocimiento del hijo. Nueva interpretación doctrinal y consecuencias en los reconocimientos post-natales y prenatales. (*I. S. P.*)

MAZZARIOL, R.: «Comunione legale tra coniugi e rifiuto del coacquisto», *NGCC*, 2006, núm. 10, pp. 487-503.

Rechazo de la coadquisición de un bien por parte de uno de los cónyuges en el régimen de comunión legal de bienes. (*Alma R. G.*)

MÜLLER-TERPITZ, R.: «Vätermonate und Kindergartenpflicht – wie viel Staat verträgt die Familie?», *JZ*, 2006, núm. 20, p. 991.

El artículo analiza el margen de influencia del Estado sobre la familia en relación con las recientes propuestas en la materia. (*B. T. G.*)

MURGO, C.: «La Corte Costituzionale, la famiglia di fatto e la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra conferme, antichi dubbi e novità legislative», *NGCC*, 2006, núm. 10, pp. 1040-1049.

Comentario jurisprudencial sobre la atribución de la vivienda familiar en el ámbito de la convivencia *more uxorio*. (*Alma R. G.*)

– «Affido congiunto e condiviso: vecchio e nuovo a confronto in tema di affidamento della prole», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 547-557.

La guarda compartida en la L. núm. 54/2006 entre la afirmación del principio de coparticipación en el ejercicio de los derechos-deberes paternos y el principio de colaboración entre los cónyuges derivada de la exigencia de proteger a la prole. (*Alma R. G.*)

NARDO, M. DI: «Assegnazione della casa familiare al coniuge convivente con figli maggiorenni: condizioni e limiti del procedimento», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1165-1174.

Comentario jurisprudencial relativo a la atribución de la vivienda familiar al cónyuge divorciado o separado que convive con un hijo mayor de edad. (*Alma R. G.*)

OBERTO, G.: «Contratti di convivenza e diritti del minore», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 240-250.

Artículo sobre los derechos y, en general, la situación jurídica de los hijos menores con referencia a las relaciones económicas pactadas entre los convivientes *more uxorio*. (*Alma R. G.*)

PALADINI, M.: «Una ricostruzione alternativa dell'illogica distinzione tra beni aziendali e beni professionali nel regime di comunione legale», *NGCC*, 2006, núm. 9, pp. 936-942.

¿Existe una diferencia «conceptual y funcional» entre los bienes destinados al ejercicio de la empresa y los bienes privativos de cada uno de los cónyuges en el régimen de comunión legal de bienes? (*Alma R. G.*)

PARENTE, F.: «Il ruolo della simulazione del sistema delle patologie matrimoniali», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1093-1128.

Análisis de la simulación del matrimonio, regulada en el artículo 123 cc italiano. El autor considera que puede asimilarse a la simulación absoluta de los negocios jurídicos patrimoniales y explica las diferencias con los matrimonios indirecto, fiduciario y abusivo, entre otros. (*B. F. G.*)

PASQUILI, R.: «Il procedimento di rettificazione nel caso di omessa sottoscrizione dell'atto di matrimonio iscritto nei registri dello stato civile», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1157-1163.

Comentario jurisprudencial sobre la celebración del matrimonio civil y sobre la inscripción en el Registro del estado civil correspondiente al acto matrimonial. (*Alma R. G.*)

PATRUNO, F.: «Diritto giurisprudenziale e sorte dell'assegno divorzile per sopravvenuta deliberazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: prospettive de *iure condendo*», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 463-496.

Efectos que posee una sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial posterior a una sentencia de divorcio, sobre todo en relación a los contenidos económicos establecidos en el juicio de divorcio. (*Alma R. G.*)

PETERKA, N.: «Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006», *GP*, 2006, núms. 312-313, pp. 4-11.

Análisis de las distintas figuras modificadas por la Ley de 2006. (*I. S. P.*)

REICHENBACH, S. B.: «Zivilprozessuale Verwerbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests», *AcP*, 2006, núm. 4, pp. 598-623.

El Tribunal Supremo alemán exige, para admitir una demanda de impugnación de paternidad, que exista una sospecha fundada al respecto. El autor se plantea el problema de una prueba de paternidad realizada por el padre fuera del proceso, sin consentimiento de la madre, representante legal del niño, y su validez como prueba documental. (*M. G.-R.*)

RUSSO, E.: «Il regime patrimoniale convenzionale. Le convenzioni di separazione dei beni», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 216-239.

Artículo que examina la evolución del Derecho de familia italiano en los últimos treinta años, que se centra en torno a los conceptos de régimen patrimonial de la familia, régimen patrimonial convencional y efectos patrimoniales de la separación de bienes. (*Alma R. G.*)

SABATO, D. DI.: «Spunti di riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 992-1021.

El autor parte de la constatación de una «revolución» en el núcleo familiar y reflexiona sobre la tendencia del legislador a plasmarla en las modificaciones legislativas del Derecho de familia alejándose, de manera más o menos consciente, de las líneas originarias. El artículo se centra en la patria potestad. (*B. F. G.*)

SCATTARELLA, F.: «Il momento dello scioglimento della comunione legale tra coniugi a seguito di separazione personale», *DFP*, 2006, núm. 1, pp. 325-348.

Artículo dedicado al examen de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en las crisis familiares. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Diritto del divorziato ad una quota dell'indennità di fine rapporto percepita dall'ex coniuge lavoratore ed ambito oggettivo di operatività della disposizione di cui all'art. 12 bis», *NGCC*, 2006, núm. 10, pp. 1070-1076.

Comentario jurisprudencial acerca de la normativa que atribuye al cónyuge divorciado una cuota en la indemnización que recibe su ex cónyuge a causa del despido laboral de éste. (*Alma R. G.*)

SIMLER, PH./HILT, P.: «Le nouveau visage du Pacs: un quasi mariage», *SJ*, 2006, núm. 30, I-161, pp. 1495-1500.

Cambio sustancial en el PACS mediante la reforma de 2006. Afecta al estatuto personal y patrimonio de los sujetos, estado civil y publicidad del PAC; deberes de las partes; régimen jurídico económico y acuerdos especiales. (*R. A. R.*)

TOMASSINI, R.: «I rapporti personali nella famiglia», *DFP*, 2006, núm. 2, pp. 681-706.

Nuevos cambios en el Derecho de familia: estudio de la evolución del sistema de la tutela de la comunidad a la valoración de cada miembro de la familia en cuanto individuo, el estatuto general de las relaciones conyugales (deber de fidelidad, de convivencia y de asistencia en el marco de los valores de la lealtad y de la dignidad), las relaciones de pareja y las fronteras del Derecho de familia entre peticiones de privatización e instrumentos de control social. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

ALBANESE, A.: «Il chiamato all'eredità e l'attività contrattuale prima dell'accettazione», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 977-1001.

Respuestas doctrinales a distintos interrogantes sobre la situación en la que se encuentra el llamado a la herencia antes de la aceptación: ¿vocación o delación?; los actos que hace el llamado, ¿derecho u obligación?; el llamado, ¿es poseedor o mero detentador?; los poderes del llamado, la venta de bienes hereditarios, la asunción de la cualidad hereditaria. (*Alma R. G.*)

BALESTRA, L.: «Prime osservazioni sul patto di famiglia», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 369-385.

Artículo dedicado a los pactos sucesorios y a los problemas de compatibilidad con la normativa de la empresa familiar y el régimen societario. (*Alma R. G.*)

CALICE, E.: «Autonomia testamentaria e disposizione *mortis causa* del nome del professionista», *NGCC*, 2006, núm. 10, pp. 519-531.

La disposición *mortis causa* por el testador del nombre del profesional como disposición de carácter no patrimonial y tutela de los derechos de los legitimarios. (*Alma R. G.*)

EBNER, M.: «Fondamento ed estensione del divieto di usufrutto successivo», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 335-362.

Examen de la figura del usufructo sucesivo, desde diferentes supuestos: legado de usufructo sucesivo y sustitución fideicomisaria, usufructo a término inicial no coincidente con la muerte, donación con reserva de usufructo sucesivo, usufructo sucesivo en actos *inter vivos*. (*M. R. D. R.*)

FARACE, D.: «Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento», *RDC*, 2006, núm. 3, parte seconda, pp. 363-386.

Estudio del ámbito de eficacia de las prohibiciones de disponer impuestas *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

GAZZONI, F.: «Appunti e spunti in tema di patto di famiglia», *GC*, 2006, núms. 4-5, pp. 217-228.

Observaciones en tema de sucesión legítima y testamentaria, en torno a los pactos sucesorios. (*M. R. D. R.*)

GRIMALDI, M.: «Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006», *SJ*, 2006, núm. 42, pp. 1937-1943.

Reforma profunda de estas instituciones con la Ley de 2006. Análisis de la partición y ejemplos prácticos de las diferentes situaciones. (*R. A. R.*)

LE GUIDE, R.: «Vue panoramique de la loi du 23 juin 2006», *SJ*, 2006, núm. 30, I-160, pp. 1489-1494.

Análisis panorámico de la reforma mediante la Ley 2006-728 del Código civil en materia de sucesiones y donaciones entre vivos. Extensión de la reforma más allá de sus conceptos. (*I. S. P.*)

OPPO, G.: «Patto di famiglia e “diritti della famiglia”», *RDC*, 2006, núm. 4, parte prima, pp. 439-446.

Estudio de la naturaleza y eficacia del pacto, reconocido por la *l. 14 febbraio 2006*, núm. 55, que permite atribuir contractualmente ciertos bienes o titularidades de empresa a uno o más descendientes, equilibrando la posición del cónyuge y de los otros legitimarios: problemas de convivencia entre la prohibición de los pactos sucesorios y los intereses de empresa. (*M. R. D. R.*)

PALMA, G.: «Il diritto ereditario: problema e prospettive», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1176-1191.

El autor considera que resulta necesario reformar el Derecho de sucesiones. El artículo alude a las sucesiones internacionales, respecto de las que se busca una posible adopción de reglas uniformes en el ámbito europeo, y a otros aspectos como la situación del conviviente *more uxorio*, los pactos sucesorios o la acción de reducción. Se da cuenta, igualmente, de las modifi-

caciones que ya se han verificado en Italia a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2005, núm. 35. (B. F. G.)

PIEDELÈVRE, S./GUERCHOUN, F.: «La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006», *GP*, 2006, núms. 235-236, pp. 2-28.

Estudio de la ley atendiendo a los fines buscados por el legislador. Análisis de las diversas innovaciones tanto en el ámbito de las sucesiones como en el de las donaciones. (R. A. R.)

RINALDI, F.: «Successione per rappresentazione ed esclusione del coniuge: una questione di eguaglianza?», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 1203-1207.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre el interés protegido en la sucesión *mortis causa* por representación. (Alma R. G.)

SALVESTRONI, U.: «Causa ed oggetto nel testamento e nei negozi intervivos», *RTDPC*, 2006, núm. 3, pp. 737-754.

Reflexión respecto del papel de la autonomía privada en el ámbito testamentario y negocios *inter vivos* como la donación, negocios asociativos, fundaciones, sociedades y negocios unilaterales: causa, objeto y efectos de dichos negocios. (M. R. D. R.)

TARDIA, I.: «Divisione ereditaria, accrescimento e rinuncia all'eredità tra qualificazioni formalistiche e interessi a succedere», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 457-487.

El punto de partida del presente estudio es la naturaleza jurídica de la renuncia a la herencia. El autor demuestra la interrelación que existe entre esta cuestión, por un lado, y la división de la herencia y el acrecimiento, por otro. En este artículo el lector puede encontrar una síntesis de las diversas opiniones doctrinales existentes sobre las tres cuestiones analizadas. (B. F. G.)

VITUCCI, P.: «Ipotesi sul patto di famiglia», *RDC*, 2006, núm. 4, parte prima, pp. 447-479.

Estudio del ámbito de aplicación, naturaleza y eficacia del pacto, reconocido por la *L. 14 febbraio 2006*, núm. 55, que permite atribuir contractualmente ciertos bienes o titularidades de empresa a uno o más descendientes, equilibrando la posición del cónyuge y de los otros legitimarios: contenido del pacto y tutela de los otros legitimarios. (M. R. D. R.)

VARIA

DITTER, D./BONI, S.: «La libre circulation des capitaux: élément-clé de la gestion des patrimoines privés dans le marché unique européen», *GP*, 2006, núms. 312-313, pp. 12-17.

Estudio de los artículos 56 a 60 TCEE. Campo de aplicación, restricciones y su fundamento. (R. A. R.)

FAßBEUDER, K.: «Welthandelsrecht und Menschenrechte- ein Gegensatz?», *JZ*, 22/2006, pp. 1100-1107.

Derecho del comercio internacional de derechos humanos. ¿Una contradicción?

El artículo analiza el conocido conflicto entre el Derecho del comercio internacional y los derechos humanos e investiga las posibilidades de llegar a un compromiso. (M. P. G. R.)

FRITZEMEYER, W.: «Die Bedeutung der “Soft Skills” für die Juristenausbildung und die juristischen Berufe», *NJW*, 2006, núm. 39, p. 2825.

El presente trabajo pretende identificar las competencias –en el sentido de «soft skills»- que, junto a los conocimientos técnico-jurídicos, son necesarias en la formación jurídica y en el ejercicio de las profesiones jurídicas. (B. T. G.)

GALLI, M.: «Sui nomi di dominio in Internet», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 3, pp. 662-689.

Propuestas de construcción de las reglas sobre los nombres de dominio en Internet. El autor constata la dificultad existente al efecto, debida a la peculiaridad del propio Internet, a la ausencia de una normativa específica y a lo novedoso de los litigios que se presentan en los tribunales. (B. F. G.)

GOTTSCHALK, E./BREßLER, S.: «Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht», *ZEuP*, 2007, núm. 1, pp. 58-80.

El control del abuso en las cláusulas sobre prórroga de jurisdicción en el Derecho procesal europeo. (M. G.-R.)

HECK, P.: «Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge [trad. Italiana a cura di Rocco Favale]», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1192-1195.

La relación entre el juez y la ley: lectura crítica de los artículos del Profesor Stampe. (B. F. G.)

KRAJESKI, D.: «Un pas vers la libéralisation en agriculture. A propos de la LOA du 5 janvier 2006», *SJ*, 2006, núm. 27, I-154, pp. 1327-1332.

Cambios del Derecho agrario con la Ley de orientación agrícola de 2006. Creación de fundos agrícolas; cesión del arrendamiento y disminución del control de estructuras. Promoción del desarrollo empresarial agrario. (I. S. P.)

LEISNER, W.: «Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht», *JZ*, 2006, núm. 18, p. 869.

El autor examina críticamente las teorías sobre la delimitación entre Derecho privado y Derecho público llegando a la conclusión de que falta un criterio de delimitación general. (B. T. G.)

PERLINGIERI, P.: «La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 2, pp. 425-432.

Artículo en el que se resume la teoría de Salvatore Romano sobre el negocio jurídico, mostrando sus orígenes y su influencia en la doctrina civil actual. (B. F. G.)

RIEHM, T.: «Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht», *JZ*, 2006, núm. 21, p. 1035.

El artículo examina la distinción entre el campo de aplicación de las Directivas comunitarias y su contenido normativo como aspecto determinante para delimitar el margen de decisión que corresponde a los Estados miembros. (B. T. G.)

SOURIOUX, J. L.: «Les exemples de Pothier», *RTDC*, 2006, núm. 3, pp. 493-503.

Importancia de los ejemplos dados por Pothier en sus obras para conocer no sólo el Derecho sino también la historia del momento. (I. S. P.)

THIEFFRY, P.: «Contentieux du manquement aux mesures communautaires de protection de l'environnement: une croissance soutenue», *GP*, 2006, núms. 281-283, pp. 2-13.

El autor analiza las razones del descenso de litigios en Francia en infracciones contra el medio ambiente, entendiendo que se debe a la supervisión y el cambio de métodos comunitarios. Análisis del desarrollo práctico comunitario y del Derecho francés. (R. A. R.)

VERGÈS, E.: «Les perspectives juridiques de la recherche française», *SJ*, 2006, núm. 29, I-158, pp. 1439-1446.

Análisis de la Ley 2006-450 de programa de investigación que modifica la situación anterior sobre la organización de la investigación en Francia. Mejora de los mecanismos de evaluación de la actividad científica. Necesidad de desarrollo reglamentario. (R. A. R.)

WOLFF, H. A.: «Die Willensfreiheit und die Grundrechte», *JZ*, 2006, núm. 19, p. 925.

En relación con la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales, se plantea la pregunta de si y de qué modo la ciencia jurídica debe considerar los nuevos conocimientos derivados de la investigación sobre el cerebro. (B. T. G.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BERTACCHINI, E.: «Ermeneutica giuridica e tendenze evolutive nel diritto dell'impresa (II parte)», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 1034-1096.

La hermenéutica jurídica como intérprete en el difícil diálogo entre Derecho y Economía. Análisis de algunas tendencias al descubierto en la evolución interpretativa del Derecho de la empresa. Hermenéutica y crisis de la empresa. (Alma R. G.)

CRUGNOLA, P.: «La decadenza del marchio per volgarizzazione», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 572-576.

La marca decae si, por el hecho de la actividad o inactividad de su titular, ha devenido en el mercado denominación genérica del producto o servicio o ha perdido su capacidad distintiva. (*Alma R. G.*)

CHERTI, S.: «Il nuovo codice del consumo e la disciplina della pubblicità: prime note», *NGCC*, 2006, núm. 11, pp. 578-589.

Dentro del nuevo Código de consumo italiano merece la pena destacar la materia relativa a la publicidad comercial: las normas en materia de publicidad comercial entre el Código de consumo, el Código civil y la normativa publicitaria; especial atención a la normativa reguladora de la publicidad engañosa. (*Alma R. G.*)

MARTINA, G.: «L'accesso all'attività assicurativa di imprese aventi sede legale in Italia: il codice delle assicurazioni private tra novità e tradizione», *NLCC*, 2006, núm. 6, pp. 1297-1308.

Comentario al *d.lgs. 7 settembre 2005*, núm. 209, analizando el papel de L'ISVAP como autoridad competente para el otorgamiento de la autorización necesaria para la inscripción de empresas aseguradoras en el Registro Mercantil: requisitos de capital, de los titulares, fondo de garantía, etc. (*M. R. D. R.*)

SIRENA, P.: «La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede», *RDC*, 2006, núm. 4, parte seconda, pp. 415-417.

Reflexión sobre la aplicación del principio de la buena fe en los contratos con consumidores y en los contratos de empresa. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «Gazette de droit de la concurrence», *GP*, 2006, núms. 305-308.

Estudios sobre la situación legal y jurisprudencial del Derecho a la competencia en Francia y en la Unión Europea. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BUTTURINI, P.: «La forma dell'atto di trasferimento della partecipazione azionaria in caso di mancata emissione dei titoli», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 744-754.

Ausencia en la normativa italiana del régimen formal de la transmisión de participaciones sociales en la hipótesis de falta de emisión de los títulos: las soluciones doctrinales que proponen aplicar por analogía otras normas en materia de transmisión de participaciones; tesis doctrinales que califican la transmisión de tales participaciones en caso de falta de emisión de los títulos como cesión del contrato... (*Alma R. G.*)

CARRARO, G.: «Trasformazioni eterogenee: note introduttive», *RDC*, 2006, núm. 4, parte seconda, pp. 429-438.

Breves notas acerca de la reforma del Derecho societario y la incidencia de la normativa sobre transformaciones de sociedades comerciales tipifica-

das en la disciplina tradicional de las figuras subjetivas contemplada en el libro I del *Codice civile*. (M. R. D. R.)

CORSO, E./DOLZANI, M.: «Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti alla circolazione», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 786-814.

Estudio de las previsiones normativas en el nuevo Derecho de sociedades italiano sobre emisión de títulos de deuda en las sociedades de responsabilidad limitada: análisis del régimen de la responsabilidad y de los límites existentes en la circulación de los títulos de deuda. (Alma R. G.)

GUCCIONE, A.: «La legge italiana in materia di obbligazioni bancarie garantite», *NLCC*, 2006, núms. 4-5, pp. 819-829.

Comentario a los artículos 7 bis y 7 ter de la *L. 30 aprile 1999*, núm. 130, introducidos en el artículo 2.4 ter del *d.l. 14 marzo 2005*, núm. 35, convertido en la *L. 14 maggio 2005*, núm. 80, sobre emisión de obligaciones bancarias garantizadas: estructura y función de los covered bond; relación entre la banca emittente, sociedades intermedias y entidades financieras de las adquisiciones; ejercicio de los derechos de los poseedores de las obligaciones sobre el patrimonio de la entidad emittente; efectos frente a terceros acreedores; situaciones de quiebra; régimen del patrimonio designado como garantía, etc. (M. R. D. R.)

RICCIO, A.: «La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 587-588.

Artículo dedicado a la continuidad de las relaciones jurídicas, también procesales, en la fusión de sociedades. (Alma R. G.)

RIGHINI, A.: «Il trasferimento transnazionale della sede sociale», *CI*, 2006, núm. 3, pp. 755-785.

Estudio de la operación, cada vez más frecuente, consistente en la transferencia de la sede social al extranjero en el actual contexto económico y su ubicación en la normativa civilista. (Alma R. G.)

ZOPPINI, A./TASSINARI, F.: «Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 909-918.

Artículo sobre los límites a la autonomía privada en las transformaciones heterogéneas de asociaciones deportivas. (Alma R. G.)

CONTRATOS MERCANTILES

BOLOGNESI, C.: «Leasing azionario: profili di (in)compatibilità con il diritto societario e possibili soluzioni», *CI*, 2006, núms. 4-5, pp. 1097-1113.

La admisibilidad del *leasing* de acciones. Hipótesis posibles de esta clase de contrato. (Alma R. G.)

CHESSA, C.: «Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali», *RDC*, 2006, núm. 4, parte seconda, pp. 439-467.

Reflexiones sobre la recepción en Italia de la Directiva 2000/35 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre retraso en el pago de transacciones comerciales y aplicación del principio de equidad

como elemento integrador del contrato, para evitar rescisiones por excesiva onerosidad sobrevenida. (*M. R. D. R.*)

VENTURELLI, A.: «Responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegni circolari non trasferibili», *NGCC*, 2006, núms. 7-8, pp. 859-867.

Comentario jurisprudencial relativo a la responsabilidad bancaria en el pago de cheque no transferible a persona no legitimada. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

MARASA, G.: «Prime notazioni sui presupposti soggettivi del fallimento nel nuovo art. 1. L. Fall.», *RDC*, 2006, núm. 5, parte prima, pp. 581-589.

Comentario a la reforma del procedimiento concursal, introducida por el *d. legisl. 9 gennaio 2006*, núm. 5, especialmente en materia de su ámbito subjetivo de aplicación, y respecto de pequeños empresarios. (*M. R. D. R.*)

ROBLES, M.: «Abusivo finanziamento bancario e curatela fallimentare: la "nomofilachia economica" delle Sezioni Unite», *Rass. Dir. Civ.*, 2006, núm. 4, pp. 1154-1175.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 28 de marzo de 2006 (núm. 7029) sobre concesión abusiva de crédito a una sociedad en concurso. (*B. F. G.*)

VV.AA.: «Procédures collectives», *GP*, 2007, núms. 19-20.

Estudios sobre los diversos momentos en el procedimiento de insolvencia universal. El Decreto de 23 de diciembre de 2006. (*I. S. P.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
Modern L. Rev.	The Modern Law Review

NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDImm	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Alfons SURROCA COSTA.**

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 de los actos propios.–[...] como se dice en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1998, cuando afirma «La doctrina de los actos propios (contenida no sólo en las sentencias que cita la recurrente, sino en otras muchas más, tales como las de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 30 de diciembre de 1995, 16 de febrero de 1996 (por citar algunas de las más recientes) proclama que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son los que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer

sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior».

Lo cual es corroborado por las SS de 28 de noviembre de 2000 y 24 de mayo de 2001, que dicen: «En efecto, la regla que veda “venire contra factum proprium” nacida en el ámbito de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, tal y como puede ser entendido por los demás, impidiendo un comportamiento contradictorio. La doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTC 73 y 198/88, Auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1993)». (STS de 14 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil A (luego denominada B) y la entidad C suscribieron un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra que tenía por objeto una nave industrial. Conviniere que la sociedad usuaria correría con los riesgos que normalmente hubiera debido asumir la entidad propietaria. Por esa razón, C se obligó a concertar un seguro que garantizase el inmueble durante la vigencia del contrato, corriendo a su cargo el pago de las primas y designándose como beneficiario de la indemnización a A hasta la cobertura de las cantidades pendientes de pago al ocurrir el siniestro y el valor residual fijado como precio para caso de ejercicio de la opción de compra. A, actuando por cuenta y en nombre de C, contrata un seguro de incendios con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial. Alrededor de dos años después se declara un violento incendio en la nave industrial lo que C comunicó a la aseguradora y a B. También notificó a la primera la designación del perito elegido para valorar los daños y la cuantía de éstos, que superaba el capital asegurado. La aseguradora negó a C la legitimación necesaria para tal designación por considerar que era competencia de la propietaria de la nave, B. Finalmente, propietaria y usuaria cancelan el arrendamiento financiero y la primera vende a la segunda la nave. En la escritura se manifestaba el hecho del incendio y que B había recibido de la aseguradora la correspondiente indemnización sin que tuviera que reclamar cantidad pendiente alguna por tal concepto. Con posterioridad, un representante de C comparece ante notario para dejar constancia de que la entidad no renuncia a ejercitar las acciones pertinentes para obtener la correspondiente indemnización. Dos años después, C demanda a la aseguradora y a B reclamando se declare su derecho a designar perito y la condena a la empresa de seguros a hacer efectiva la indemnización pendiente. La demanda y el recurso de apelación interpuesto por la actora fueron desestimados. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

2. Teoría de los actos propios. Concepto.—Es doctrina constante y consolidada, derivada de la jurisprudencia de esta Sala, cuyas SS de 15 de

febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de julio de 1984, se pueden estimar esenciales en el tema, la que define los actos propios como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concreta efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros (STS de 22 de enero de 1997). En igual sentido, la S de 7 de mayo de 2001. Actos propios –según SS de 22 de junio y 5 de octubre de 1987, 15 de junio de 1989, 18 de enero y 22 de julio de 1990 y 4 de junio de 1992– son aquellos actos solemnes que vinculan y configuran inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que crean, modifican o extinguen algún derecho opuesto a sí mismo y que no pueden confundirse con los actos preparatorios o borradores de otros posteriores que no llegaron a convenirse (STS de 7 de abril de 1994). En igual sentido, las SS de 10 de junio de 1994 y 25 de enero de 1989. La invocación de esta interpretación jurisprudencial determina la imposibilidad de atribuir los efectos jurídicos (con carácter de renuncia), que la recurrente atribuye, a las actuaciones de *Felechin, S. L.* en las Asambleas de 8 y 28 de julio de 1997, toda vez que no se daban las condiciones inequívocas para la determinación de esta última para su decisión del ejercicio o falta de ejercicio del derecho de tanteo. (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las sociedades *Hiperco, S. A.* y *Felechin, S. L.*, entre otras, pertenecían a una Junta de Compensación en cuyos Estatutos se disponía que, en caso de transmisión, por parte de alguna de ellas, de fincas incluidas dentro de la Junta, las otras sociedades podían ejercer el derecho de tanteo en el plazo de un mes. En fecha 11 de julio de 1997 se celebró Asamblea en la cual, fuera del orden del día, se comunicó a los asistentes el proyecto de transmisión de fincas entre *Hiperco, S. A.* y la sociedad *Promociones Contorno, S. L.* que no pertenecía a la Junta. Sin embargo, no fue hasta el 3 de septiembre cuando se notificó por escrito a *Felechin, S. L.* el proyecto de compraventa entre *Hiperco, S. A.* y *Promociones Contorno, S. L.* La sociedad *Felechin, S. L.* ejerció el tanteo el día 15 de septiembre. Sin embargo, *Promociones Contorno, S. L.* presentó demanda contra *Hiperco, S. A.*, *Felechin, S. L.* y la Junta de Compensación del sector R-8B de Montevil en la cual solicitaba que se declarara extemporáneo y antijurídico el ejercicio del derecho de tanteo por parte de *Felechin, S. L.*, ya que dicha sociedad tenía conocimiento del acuerdo desde julio sin oponerse al mismo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón declaró extemporáneo el derecho de retracto. Apelada la sentencia por parte de *Felechin, S. L.*, la Audiencia de Oviedo la revocó y desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

3. No es posible declarar la nulidad de un contrato cuando no ha sido solicitada por los litigantes.—En el presente supuesto, además de lo expresado sobre la totalidad conclusiva de la sentencia impugnada, no puede estimarse que se ha producido ese enlace absurdo, ilógico e inverosímil; por

el contrario ha tenido en cuenta razonablemente el aplazamiento de pago con intereses y la imposible declaración de nulidad ya expuesta.

Va contra sus propios actos quien requiere al arrendatario para que ejercite la acción de retracto y después se opone al ejercicio de la misma.—El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. SS de 5 de octubre de 1984, 5 de octubre de 1987 y 10 de junio de 1994.

Todo lo expuesto es de inexcusable aplicación a la cuestión litigiosa planteada, en el sentido de que formulado requerimiento por los codemandados de la entidad demandante, a los efectos de que ésta ejercite, si lo estimaba oportuno, el derecho de retracto, implica ir contra los propios actos la negativa en el proceso al ejercicio del derecho que a la entidad demandante se le ha manifestado. (STS de 28 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, que es una entidad mercantil, ejercitó una acción de retracto amparada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 sobre la finca objeto del arrendamiento y con base en el contrato de compraventa efectuado por la arrendadora a favor de sus nietos. Es de significar que cuando se otorgó el referido contrato de compraventa, los intervinientes requirieron al arrendatario, dándole traslado de la transacción y de las condiciones en que se ha llevado a cabo, «por si desea hacer uso del derecho de retracto que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos le otorga». El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al apreciar la nulidad del contrato de compraventa por simulación. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y estimó la demanda de retracto al considerar que el Juez de Primera Instancia se excedió al apreciar la nulidad cuando nadie había pedido tal declaración. Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

4. Imprescriptibilidad de las acciones declarativas.—Las acciones declarativas son imprescriptibles. Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación puesta en duda o discutida. Debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.

Acciones personales.—Con respecto a las acciones personales, el tiempo de prescripción de las mismas ha de comenzar a contarse desde el momento en que el crédito respectivo quedó insatisfecho (teoría de la insatisfacción), que es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción correspondiente.

Prestaciones periódicas.—Cuando estamos ante prestaciones periódicas y sucesivas, subsistente la relación jurídica de que nacen, las acciones para su reclamación prescriben con independencia de la continuación del vínculo obligatorio y comienza a prescribir cuando las prestaciones periódicas devienen exigibles. El incumplimiento de estas obligaciones durante un determinado período de tiempo, podrá dar lugar a la extinción por prescripción de algunas de las sucesivas prestaciones, pero no agota el contenido obligacio-

nal del contrato, que se prolonga durante toda la vigencia del mismo. (STS de 15 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. Foraster de la V. y doña G. A. A. formularon demanda contra don J. A. F. A. y doña C. U., solicitando, entre otras cosas: 1) que el documento suscrito entre ambas partes es válido y eficaz; 2) que los demandados están obligados a satisfacer a los demandantes la mitad de los beneficios o utilidades generadas por el negocio descrito hasta el día de presentación de la demanda. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando la excepción de prescripción y solicitaron la declaración de nulidad del contrato. Dicho contrato consistía en un convenio por el que se cedía un derecho de arrendamiento y un negocio a favor de los demandados, y se pactaba la entrega de la mitad de las utilidades producidas por el negocio durante toda la vida del cedente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando válido y eficaz el contrato suscrito y obligando a los demandados a satisfacer a los actores la mitad de los beneficios o utilidades generadas por el negocio desde el día en que se firmó el contrato hasta el día de presentación de la demanda, junto con los intereses legales desde esta última fecha.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, desestimando la demanda interpuesta. Así, los actores recurren en casación, alegando entre otras cosas, la interpretación errónea del artículo 1964 CC y la infracción del artículo 1969 CC. El Tribunal Supremo estima el recurso. Señala que estamos ante prestaciones periódicas, cuya exigibilidad depen de la finalización del correspondiente ejercicio contable del negocio cedido, momento a partir del cual cabe fijar la existencia de utilidades y su cuantía. Además, el carácter anual de las prestaciones establecidas a favor de los cedentes resulta de la aplicación del artículo 28 CCO, por lo que no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC, sino el de cinco años del artículo 1966.3.º CC. Por tanto, el *dies a quo* ha de ser aquel en que pudieron exigirse tales utilidades, una vez concluido el ejercicio contable en que se produjeron tales utilidades. (S. L. M.)

5. Extinción del contrato de agencia. Prescripción de la acción de reclamación de indemnización ejercitada por la sociedad agente, sin que se considere interrumpido el plazo por la reclamación laboral interpuesta por una persona física.—Ha de tenerse en cuenta para resolver la cuestión jurídica planteada que la demanda laboral no la presentó la mercantil que recurre, sino que fue don M. Á. B. G. actuando para sí y no con funciones representativas alguna, por lo que falta el primer requisito que es el de la identidad subjetiva, ya que evidentemente es supuesto de reclamación por tercero y por tanto irrelevante a efectos de poder interrumpir la prescripción.

Falta la identidad de acciones requeridas para la interrupción de la prescripción por reclamación judicial.—No concurre la necesaria identidad de acciones, ya que ante la Jurisdicción laboral la acción lo era por despido improcedente y se presentó como petición principal la readmisión con la

indemnización salarial y la que en este pleito se ejerce es la de indemnización de daños, perjuicios y por clientela, derivada de la resolución judicial (*sic*) del contrato de agencia llevada a cabo por el comitente, es decir, son acciones claramente diferentes. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora promovió un procedimiento en reclamación de cantidad en concepto de indemnización derivada de la ruptura unilateral de un contrato de agencia. Los demandados opusieron la excepción de prescripción de la acción, toda vez que había transcurrido más de un año desde la extinción del contrato. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda por haber prescrito la acción ejercitada. En su recurso de casación, el demandante argumentó que el plazo de la prescripción quedó interrumpido por la reclamación efectuada ante el Juzgado de lo Social por despido improcedente. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a difundir libremente los pensamientos y opiniones mediante la palabra.—En relación al conflicto que puede surgir entre ambos derechos, hay que poner en relación el artículo 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, con el artículo 20 CE, en concreto, sus apartados 1.a) y 4. Según el Alto Tribunal (SSTS de 14 de noviembre de 2002 y 30 de junio de 2004, entre otras), todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado. Por ello, el artículo 20.4 CE establece que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto al derecho al honor. Sin embargo, en los casos de colisión entre el derecho de libertad de expresión y el derecho fundamental al honor, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han indicado las siguientes directrices: 1) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad ostenta el derecho de libertad de expresión. Tal posición de prevalencia es apreciable siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. (STS de 13 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. H. C. interpone demanda contra doña M. R. S. C., sobre protección del derecho al honor, al estimar que ciertas expresiones pronunciadas por la demandada en la reunión de la Junta General de una comunidad de propietarios, resultaban atentatorias a su honor y prestigio profesional. En concreto, la demandada imputa una actuación ilegal y de intrusismo por parte del actor al ejecutar actos propios de la profesión de agente de la

propiedad inmobiliaria sin ostentar el título y la colegiación necesarios en el momento en que los hechos se produjeron.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, recurriendo dicha decisión en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso, motivo por el cual don J. P. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo concluye que el derecho a la información prevalece al derecho a la intimidad, al probarse la veracidad de los comentarios de la demandada. De la acreditación de la ausencia de la titulación y la colegiación necesarios, se deduce la inexistencia de un ataque ilegítimo al honor, pues el eventual atentado al prestigio u honor profesional nace de la negación justificada de la propia condición de profesional. (*S. L. M.*)

7. Calificar falsamente de estafador a una persona en un medio de comunicación supone lesión de su derecho al honor. Colisión entre derecho al honor y derecho a la información.—Sin duda, calificar directa o indirectamente a una persona de estafador en un medio de comunicación, no merece otra calificación que la que resulta de la resolución de la Audiencia, que declara expresamente la falta de veracidad de las afirmaciones, puesto que supone por su propio contenido un descrédito a la reputación y fama de la persona a la que se refiere [...]. Es cierto que la aparente incompatibilidad entre el artículo 18.1 y el artículo 20 CE ha de resolverse a favor del segundo cuando la noticia publicada resulta de interés general, afecta al orden social o al conjunto de los ciudadanos y está revestida de veracidad, y así las SSTC de 24 de abril de 2004, 16 de septiembre de 1996, 31 de enero, 5 de mayo y 8 de abril de 2000, condicionan la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública o noticiables, y a que dicha información sea veraz, en el sentido del artículo 20.1*d*), como información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa (SSTC 6/1988, 105/1990, 139/1995; STS de 18 de noviembre de 2004). Por lo mismo, no se incluye a quienes 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, que asegure la seriedad y el esfuerzo informativo. Y es lo cierto que además de no ser veraz —hecho incólume en casación— no hubo diligencia alguna para comprobar las noticias, antes bien, fueron tres las publicadas en este sentido, las tres dilatadas en el tiempo y objeto de la correspondiente rectificación y todas ellas innecesarias para procurar una información en principio noticiable por afectar a una entidad pública, como es una Caja de Ahorros. Sin duda, el efecto legitimador del derecho de información, que deriva de su valor preferente, requiere de ambos requisitos puesto que de otra forma se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información (STC de 12 de noviembre de 1990; STS de 2 de julio de 2004).

Reportaje neutral. Concepto de implicación.—La invocación que se hace en el recurso al llamado reportaje neutral resulta meramente formal

puesto que no se vincula a la acción desarrollada por el medio de comunicación con relación a las noticias, ni de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento resulta que se haya producido una transmisión neutra de manifestaciones a otro, antes al contrario el trato dado por los autores a las noticias, la rectificación consiguiente de cada una de ellas, implican de manera indubitada que el medio de comunicación ha dejado su papel de neutralidad en la forma de transmitir la información obtenida para pasar a un papel activo y determinante en cuanto a la elaboración y repercusión de las mismas (STS de 18 de noviembre de 2004; STC de 13 de septiembre de 2004). Por lo demás, y por conocimiento de esta Sala de sus propias resoluciones, se debe partir de la doctrina que estableció la S de 2 de julio de 2004, que trataba de un caso semejante, aunque no idéntico, con relación a la noticia publicada el día 26 de abril de 1995, por el *Diario de Cádiz*, en la que mantuvo que implicar a don F. en una presunta estafa inmobiliaria, supone atribuirle de forma inveraz la comisión de un delito, ya que la consideración general de la palabra implicación se entiende lógicamente como actor y no como víctima, y que como tal la noticia era atentatoria a su honor.

Daños morales: concepto y cuantificación. Incongruencia.—El segundo motivo tacha de incongruente a la sentencia citando como infringidos los artículos 359 LEC y 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y se argumenta en el hecho de haber concedido una indemnización por daños morales cuantificada en pesetas cuando en la demanda no se había pedido cantidad alguna, al haberse reservado su cuantificación para ejecución de sentencia; motivo que se desestima. En efecto, el daño moral (único sufrido por el demandante, que no recurre la sentencia), 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 y como tal es conocido antes por lo que su cuantificación no depende en principio de la prueba de tipo objetivo que se practique sino del convencimiento de su existencia por parte del Tribunal por ser a él a quien le corresponde fijarlo equitativamente. Ocurre, sin embargo, que el artículo 9.3, que se dice infringido, no solo presume la existencia del perjuicio, siempre que se acredite la intromisión ilegítima, sino que trata de objetivar el daño a partir de unos parámetros que, en atención a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, toman como referencia la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y al beneficio que haya obtenido el causante como consecuencia de la misma; razones todas ellas que justificarían, de una forma razonable, la petición contenida en la demanda de que su cuantificación se deje al trámite de ejecución (no autorizado en la actualidad por el art. 219 LEC). Ahora bien, con reiteración ha declarado esta Sala que no adolece de incongruencia la sentencia que fije el importe de la condena aunque en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 17 de julio de 2000, 24 de septiembre de 1999, 15 de marzo y 15 de febrero de 1999 entre otras), puesto que viene a cumplir lo dispuesto por el artículo 360 LEC que ordena fijar el importe de los daños y perjuicios en cantidad líquida, cuando los medios probatorios lo facilitan, como aquí sucede, quedando su determinación para ejecución de sentencia como remedio y reserva última para el caso de no ser posible llevar a cabo esta cuantificación indemnizatoria, lo que a su vez avala el principio de economía procesal en beneficio de todos los litigantes. (STS de 23 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periódico gaditano interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz que lo condenaba al pago de una indemnización de dos millones de pesetas por los daños morales causados al actor en la instancia, antiguo directivo de una Caja de Ahorros. Los daños se derivaron de la lesión de su derecho al honor a través de la publicación de varias noticias que lo vinculaban con la comisión de un delito de estafa. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda condenando al periódico. Su resolución fue apelada por ambas partes pero la Audiencia la confirmó. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

8. Supuestos en los que el derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor.—Este motivo y por ende el recurso de casación debe ser desestimado. En efecto, y así es porque los artículos publicados en *El Periódico* de fecha 8 y 11 de octubre de 1999, bajo el título *Els "Skins" planejaren un 12-O violent* — Los Skins preparaban un 12 de octubre violento y *El marcaje a la violencia ultra*, son inidóneos a los efectos de la vulneración del derecho fundamental al honor del demandante, teniendo en cuenta:

a) Los hechos relatados y la llamada de atención sobre ciertos comportamientos socialmente agresivos tienen relevancia pública, al ser notorio que comportamientos de ciertos grupos violentos conmocionan la paz social.

b) Ninguno de los escritos contiene por sí mismo conceptos o palabras injuriosos, suficientes desde su propio contenido a integrar un determinado *animus* que supere y degrade el servicio de la información.

c) El actor, que si bien en principio pudiera calificarse de personaje privado, no puede olvidarse y así se deduce del propio material periodístico unido a los autos, ha trascendido su propia esencia privada, para convertirse en «cuasi-pública», o de reiterada presencia periodística.

d) La veracidad de la información no comporta déficit de diligencia y cuidado profesional, aun cuando sería bueno que al citarse en la prensa ciertas fuentes oficiales de origen puedan acreditarse y no, cual ha ocurrido, con la referencia a las genéricas e indeterminadas «fuentes policiales».

e) Consecuentemente ha quedado acreditado que se cumplen los requisitos legales exigibles para que se considere en primer término que la editorial publicada el 11 de octubre de 1999 no contiene expresiones calumniosas ni vejatorias y, por consiguiente, se enmarca dentro del derecho de libre expresión protegido por la constitución, y en segundo lugar, el artículo publicado en fecha 8 de octubre de 1999, es esencialmente veraz y tiene un indudable interés público.

Y en este aspecto hay que estar de acuerdo total por lo manifestado en la sentencia recurrida y por lo dicho por el Ministerio Fiscal en su informe.

Pero es más, es ahora el momento de tener en cuenta lo manifestado por la sentencia de esta Sala, de fecha 21 de abril de 2005, cuando en ella se dice que, «De todo lo anterior se infiere que, en el presente caso, debe prevalecer el derecho a opinar e informar, y que por ende no se puede apreciar menoscabo en el honor de la parte demandante, pues debe saberse y debe saberlo la parte recurrida que el honor de las personas no puede desentenderse de la historia personal pública del sujeto presuntamente afectado y que debe responsabilizarse de la misma y es el momento de decir que dicha intrahistoria

permite emitir juicios y opiniones como los que se han debatido en este recurso». (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor —persona con cierta presencia en los medios informativos— demanda al director de un periódico catalán y a la empresa editorial de la publicación por varios artículos en los que además de relacionarle con bandas «ultras» se vierten afirmaciones que, a juicio del demandante, lo descalifican ante la opinión pública. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia la apelación. Igual suerte corre el recurso de casación que el actor promueve ante el Tribunal Supremo. (R. G. S.)

9. Presentar a una mujer como maltratada —sin serlo y sin su conocimiento ni consentimiento— en un programa televisivo supone una intromisión ilegítima en su honor.—Presentar a una mujer como maltratada por su cónyuge o pareja y difundir tal mensaje o imagen supone un evidente demérito que afecta a la trascendencia o exterioridad —reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de una persona— y sobre todo a la inmanencia o mismidad —estimación que cada persona hace de sí misma—. Un supuesto como el que se enjuicia tiene un evidente eco o impacto social que somete a la persona afectada a los rumores y comentarios públicos, y especialmente de sus círculos de amistades y vecinos, con el consiguiente agobio y disminución de la autoestima por la situación personal y de relación matrimonial o de pareja que se difunde, todo lo que implica un menoscabo de la propia y ajena consideración. (STS de 14 de julio de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La actora demanda a una cadena privada de televisión por la utilización ilegítima de su imagen en tanto su aparición en la pequeña pantalla, sin su conocimiento ni consentimiento, en el contexto del programa en que se emitió daba lugar a que se la identificase con una «mujer maltratada», lesionando igualmente su honor. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid acoge parcialmente la apelación de la cadena televisiva revocando el extremo relativo a la intromisión ilegítima en el derecho al honor. Recurren en casación actora y demandada. El Tribunal Supremo, que desestima el recurso del ente informativo, declara haber lugar al recurso de la demandante revocando, como consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial en lo tocante al derecho al honor y confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado. (R. G. S.)

10. Informaciones en un periódico sobre la detención de los demandantes como titulares de una agencia de detectives implicada en escuchas ilegales: no hay intromisión ilegítima en su derecho al honor si la información publicada es veraz.—La conclusión de esta Sala tiene que ser necesariamente coincidente con la del tribunal sentenciador, porque lo que claramente prevalece en dicha información es el hecho de la detención policial y las causas a las que obedeció, siendo fácilmente comprensible para cualquier persona que detención judicial no equivale a autoría de los hechos, máxime si

el propio medio informativo se preocupó de dar noticia puntual tanto de la libertad de los detenidos cuando ésta se produjo como del archivo de la causa penal cuando éste tuvo lugar. Es más, si el análisis de las informaciones presuntamente ofensivas del honor y de la imagen de los hoy recurrentes se centra en la del día 22, firmada personalmente por el periodista codemandado y a la que el recurso dedica una especial atención, se advertirá enseguida que su sentido es el de dar cuenta de un posible montaje policial en contra de los hoy recurrentes y de la polémica «por la autorización que concedió un juez a los inspectores del caso para que pudieran tender una trampa a fin de obtener pruebas acusatorias», de suerte que contra el carácter de abundancia o insistencia en la ofensa que el recurso atribuye a esta última información subrayando que se publicara un día después de la noticia de la libertad de los detenidos, su tono general o contexto era más bien favorable a la posición de éstos, cuya versión, además, de que «Todo es un montaje policial» cerraba, así entrecorrida y en negra, la información que el recurso considera más especialmente ofensiva.

En suma, afirmada por la sentencia recurrida la veracidad de la información litigiosa y centrada ésta en la detención, entre otras, de las dos personas físicas hoy recurrentes, de cuya libertad también se informó, del mismo modo que también se informó del posterior archivo de la causa penal, no cabe apreciar infracción del artículo 18 CE que el recurso denuncia negando la veracidad de la información, analizándola desde el peculiar punto de vista de los recurrentes y, en fin, hallando unas diferencias con la información sobre los mismos hechos publicada en otro diario que en modo alguno son tan relevantes como el recurso pretende. (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los tres demandantes —la directora de una agencia de detectives, su marido (detective privado) y la agencia misma— reclaman a un diario catalán, a su director, al periodista autor de la información, a la editora y a la distribuidora de la publicación la indemnización relativa a los daños morales sufridos por la lesión de su derecho al honor y a la propia imagen. Entendían los actores que la intromisión ilegítima en sus derechos se había verificado a través de tres informaciones consecutivas que daban cuenta de su detención por su presunta implicación en un delito de escuchas ilegales sin que la posterior noticia de su libertad pudiera entenderse como rectificación de las precedentes en función de su escaso relieve. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia apelada. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

11. No vulnera el derecho a la propia imagen la difusión por televisión de la de un conductor fallecido cuyo rostro no es visible si se muestra fugazmente y es accesoria y subordinada respecto al programa en que se incluye.—Si bien la publicación por fotografía o filme de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos constituye una intromisión ilegítima a tenor de lo prevenido en el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 que se cita como infringido, es lo cierto que dicho precepto deja a salvo los casos previstos en el artículo 8.2 de dicha norma, en cuyo apartado c) se afirma que no se vulnera el derecho a la propia imagen

cuando en la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, aparezca la de una persona como meramente accesorio.

Esto es lo que ha ocurrido con ocasión del desgraciado accidente en que perdió la vida el causante de los ahora recurrentes.

Dicho evento no era un accidente de circulación más, sino que presentaba evidente interés público por la trascendencia que significó para la circulación por las vías de comunicación de Madrid al producir un importantísimo colapso en el tráfico de vehículos, con los inconvenientes que de ello se derivaron para todos los afectados.

Ciertamente la difusión por televisión de escenas relacionadas con el mortal accidente sufrido por el señor G. T. hubo de determinar momentos especialmente dolorosos para su esposa e hijos. Pero, como los propios recurrentes admiten, la primera emisión de las mismas, respondía al ejercicio de un legítimo derecho a la información por las razones anteriormente expuestas y algo semejante podría decirse de su repetición días después, pues ésta tuvo lugar en el contexto de un programa específicamente destinado a hacer reflexionar a todos los espectadores acerca de los graves riesgos de la circulación y a realizar una evidente llamada a la prudencia de los conductores, a la par que se daba a conocer el funcionamiento de los diversos servicios establecidos para tratar de paliar, en lo posible, las graves consecuencias de los siniestros relacionados con el tráfico automovilístico.

En ambas ocasiones, la imagen del conductor fallecido que se difundía ha de calificarse de realmente accesorio, pues si en la primera de ellas respondía a la finalidad de proporcionar información inmediata de un hecho evidentemente noticiable, en la segunda se incluía aquella en un programa de las características antes indicadas, precisamente por haber sido obtenida en un acontecimiento que por ser reciente todavía podía considerarse de actualidad y guardaba estrecha relación con los temas que en dicho programa eran objeto de atención.

En suma, las imágenes en cuestión no sólo son fugaces, sino que presentan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse, por lo que en modo alguno puede sostenerse que hayan vulnerado el derecho a la propia imagen del causante de los demandantes.

Cabe señalar, finalmente, que la doctrina aplicada por la Audiencia Provincial de Madrid, guarda evidente relación con la de la reciente sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2004, en la que se declaró que no constituía intromisión ilegítima la publicación de una fotografía que mostraba el cuerpo de una persona tendida boca arriba en una playa que era atendida por un miembro del Servicio Regional de Urgencia, por considerarse la misma amparada por la libertad que proclama el artículo 20 CE, al tratarse de una información veraz sobre hechos ocurridos en un lugar público, que presentaba relevancia e interés público no solo por referirse a los eventuales peligros de los baños de mar, sino también por informar de la actuación de un servicio público. (STS de 15 de julio de 2007; no ha lugar.)

HECHOS.—La esposa e hijos del fallecido en un accidente de circulación demandan a una televisión autonómica interesando su condena al abono de una fuerte indemnización por los perjuicios que les habían ocasionado las informaciones repetidamente difundidas del accidente. En las emisiones se había mostrado tanto la imagen difusa del fallecido como la extracción de su cuerpo inerte de la cabina del camión que conducía y su introducción en el fur-

gón de los servicios judiciales, tras haber sido envuelto en «papel» apropiado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia inferior. No ha lugar al recurso de casación promovido por los actores. (R. G. S.)

12. Proceso de incapacitación: obligación del tribunal de apelación de practicar las diligencias que previene el artículo 759 LEC (reconocimiento del presunto incapaz).—El procedimiento de incapacitación en que ha recaído la sentencia impugnada se siguió por los trámites establecidos en los artículos 756 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil por lo que era aplicable en segunda instancia, lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 759.3.

El artículo 759.3 LEC ha supuesto una trascendental modificación respecto al derogado artículo 208 CC, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en este tipo de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el artículo 238.3.º LOPJ.

En el presente caso, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, no dio cumplimiento a lo prevenido en el artículo 759.3 LEC, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 238.3.º LEC, siendo evidente la indefensión producida atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos. (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar a la resolución del recurso de interés casacional interpuesto.)

HECHOS.—La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, recurrida por interés casacional, confirmaba la del Juzgado que declaraba a doña M. J. P. R. incapaz, de modo absoluto y permanente, para regir su persona y administrar sus bienes así como para ejercitar el derecho de sufragio. La resolución nombraba tutores conjuntos y solidarios de su persona a dos de sus hijas mientras que designaba a don V. G. tutor de sus bienes. Interponen el recurso de casación la propia incapacitada y sus hijos y apoderados. Antes de pronunciarse sobre el recurso el Tribunal Supremo atiende la petición del Ministerio Fiscal que interesa la declaración de nulidad de la sentencia recurrida con reposición de las actuaciones al momento anterior a su pronunciamiento por no haber examinado el tribunal de apelación a la presunta incapaz. Al declarar el Tribunal Supremo la nulidad requerida, no entra en el examen del recurso de casación. (R. G. S.)

13. Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—En ocasiones la jurisprudencia ha evitado sancionar consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían ampara-

das por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (normalmente, pero no únicamente, de capital), mediante la técnica de penetrar, según los descriptivos términos de la S de 28 de mayo de 1984, en su substratum personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, ... se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los Jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial.

Esa técnica, que, al fin, permite llegar a la aplicación de la norma que se quiso eludir, rechazada muchas veces en consideración a las circunstancias del caso (SS de 31 de octubre de 1996 y 8 de mayo de 2001) y siempre tratada con la necesaria prudencia (S de 31 de octubre de 1996), cual corresponde a un remedio excepcional que no tolera desconocer, sin justificación bastante, los principios que inspiran la regulación de las sociedades, en este caso, de capital (reconocimiento de su personalidad jurídica, posibilidad de estructura unipersonal originaria y sobrevenidamente y admisión de la legitimidad de los grupos), se ha servido de los instrumentos que ofrece la regulación del frau de Ley, con el fin de proteger a los acreedores sociales (SS de 5 y 8 de febrero de 1996) y, en alguna ocasión, a los socios minoritarios, en una serie de casos, entre los que la jurisprudencia y la doctrina incluyen los patológicos de infracapitalización, confusión de patrimonios de socio y sociedad (SS de 9 y 16 de julio de 1987, 16 de octubre de 1989, 20 de julio de 1995) o de dos o más sociedades (S de 30 de julio de 1994) y grupos de sociedades (S de 13 de diciembre de 1996).

En particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores.

No obstante, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas carece de utilidad, en algunos casos, al estar permitido, en ciertos supuestos y con determinados límites, que el deudor oponga al cesionario del crédito la compensación que le correspondería contra el cedente (art. 1198 CC). Compensación que el Tribunal de apelación excluye cuando no concurren los requisitos precisos para la neutralización de las deudas. (STS de 29 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *mercantil Will Power, S. A.*, interpuso demanda contra la compañía *Enatcar*, en concepto de cesionaria de un crédito que la entidad *Transportes Periféricos Murcianos, S. A.* tenía contra la compañía demandada, por servicios prestados a la misma. La entidad actora solicitaba la declaración de la obligación y condena a la compañía demandada al abono de la cantidad de 34.751.020 pesetas, más intereses legales.

La empresa demandada solicitó, a su vez, la suspensión del juicio por cuestión prejudicial penal.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Enatcar* al pago a la actora de 28.036.368 pesetas, con intereses legales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, pero estima la adhesión a dicho recurso formulado por la actora, y revoca la sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda y condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 34.751.020 pesetas.

Interpone recurso de casación *Enatcar*, alegando infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, así como de la doctrina del levantamiento del velo (SSTS de 12 de noviembre, 20, 3 de junio de 1991 y 16 de marzo y 24 de abril de 1992), al entender que el propietario efectivo de las empresas explotadas por el grupo de sociedades en que están integradas cedente y cesionaria del crédito está implicado en una estafa sufrida por la recurrente, por lo que ésta entiende que «es evidente que utilizando su entramado de empresas, persigue unos objetivos que no podría alcanzar si actuase en el tráfico mercantil en su propio nombre, pues, si así fuera, difícilmente podría pretender cobrar el crédito cedido a una de sus sociedades». El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*R. D. R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Precontrato.—El llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo* bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SS de 23 de diciembre de 1995 y 16 de julio de 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la S de 3 de junio de 1988 (*sic*), en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC, caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las SS de 26 de febrero y 19 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1999. No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior, pues basta realizar una detenida y seria lectura de las cartas cruzadas entre las partes, que han sido transcritas en esta resolución, para llegar a la conclusión de que, mediante el mismo, hubo el necesario concurso de voluntades acerca de los elementos imprescindibles de la compraventa pretendida, como es la cosa objeto del contrato y el precio, sobre la que incide el consentimiento, a que el artícu-

lo 1451 CC hace referencia, lo cual permitía a la demandante exigir su cumplimiento, traducido en este caso en una indemnización de daños y perjuicios por equivalencia, habida cuenta que el cumplimiento específico de la compraventa proyectada devino imposible, dada la venta del inmueble efectuada en el mes de diciembre de 1992.

Interpretación del contrato.—Como tiene reiteradamente establecido esta Sala, es al Tribunal de instancia, a quien corresponde la calificación de los contratos y negocios jurídicos celebrados por las partes y la interpretación de sus términos, quedando al margen de este recurso la revisión de sus conclusiones al respecto sin otras excepciones que las que derivan de un resultado ilógico, arbitrario, o ilegal (SS de 24 de enero, 27 de enero y 21 de noviembre de 2000, 18 de enero y 14 de mayo de 2001), lo que ocurre en este caso, por lo que el motivo carece manifiestamente de fundamento. En efecto, para determinar si nos hallamos en presencia de un precontrato, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, conforme expresa el artículo 1258 CC, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el artículo 1281 CC (SS de 26 de octubre de 1984, 7 de julio de 1994 y 22 de abril de 1995, entre otras), y es lo cierto que la sentencia que se recurre en casación realiza esa indagación preliminar, sin necesidad de acudir a otros criterios hermenéuticos. (**STS de 13 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 13 de noviembre de 1993 la empresa *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, remitió una carta a *Citresa* por la que expresó su interés en adquirir un solar y una nave industrial por un importe de 675.000.000 de pesetas. Al parecer, poco después aquella empresa inició tratos con el Ayuntamiento de Sant Joan Despí, que le propuso aplicar una parte del precio de compra con el fin de liquidar una deuda de 100.000.000 de pesetas supuestamente contraída por *Citresa* con el ente municipal. Así las cosas, esta última empresa envió un fax a *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, con fecha de 19 de noviembre, que, entre otras cosas, manifestaba lo siguiente: «nos vemos obligados a rogarles desconsideren la aceptación a la oferta de 650 millones que les enviamos a ustedes ayer en tanto en cuanto no se clarifique la situación de la *Editorial Planeta* con el Ayuntamiento de Sant Joan Despí, quedando además nosotros liberados para aceptar otras ofertas de compra, si las hubiere, en el entretanto». Interpuesta demanda por parte de *Editorial Planeta Agostini, S. A.*, con la que solicitó la condena de *Bebidas de Barcelona, S. A.*, como propietaria de la finca, y *Citricos y Refrescantes, S. A.*, como empresa matriz, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona dictó sentencia el 6 de mayo de 1996 en que estimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 12 de noviembre de 1998, estimó el recurso a los solos efectos de ajustar las bases de la condena indemnizatoria. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

15. Vicios de la voluntad. Intimidación: concepto.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 25 de mayo

de 1944, 27 de febrero de 1964, 5 de marzo de 1992, 7 de febrero de 1995 y 4 de octubre de 2002), establece que para declarar la anulabilidad de un contrato por intimidación es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro contratante una coacción o fuerza moral de tal entidad que la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses.

Intimidación: amenaza ilícita.—La Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 16 de diciembre de 1915, 13 de junio de 1950 y 6 de diciembre de 1985), afirma que para que pueda apreciarse la intimidación como vicio del consentimiento es necesario que la amenaza de un mal sea ilícita y antijurídica, no siendo injusto el mal que dependa del ejercicio de un derecho o facultad legítima. En consecuencia, el anuncio del ejercicio de una acción penal no puede calificarse como un mal injusto que justifique la aplicación del artículo 1267 CC.

Vicios del consentimiento: prueba.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 6 de diciembre de 1985, 25 de noviembre y 13 de diciembre de 2000) afirma que la apreciación de los vicios del consentimiento ha de estar fundamentada y no basarse en meras conjeturas y que la *vis compulsiva* que origina el vicio del consentimiento necesita siempre una prueba irrefutable, pues la libertad del consentimiento ha de presumirse. (STS de 21 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G., director de una sucursal de la entidad financiera *BEC, S. A.*, se apropió indebidamente de cuarenta millones de pesetas. Como consecuencia de este comportamiento, don A. G. fue despedido y la entidad bancaria llegó a un acuerdo con su antiguo empleado y su esposa (doña M. F. G.) para la devolución en varios plazos de la citada cantidad de dinero

Doña M. F. G. constituyó hipoteca unilateral en concepto de hipotecante no deudora sobre la mitad indivisa de la propiedad de la vivienda familiar para garantizar el pago de las deudas que su marido había contraído con la entidad financiera *BEC, S. A.*

Doña M. F. G. interpuso demanda contra la entidad financiera *BEC, S. A.*, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulación de la garantía hipotecaria otorgada por la parte demandante a favor de la demandada en marzo de 1992, pues alega que actuó coaccionada por las amenazas recibidas de la entidad financiera, en el sentido de que iba a ejercitar acciones penales contra su marido y a despedirla a ella (que también era empleada de la citada entidad financiera, aunque en una oficina distinta).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

16. Conformidad a la entrega del inmueble. Buena fe contractual.—«No se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino». Los

compradores son simples consumidores, no expertos o profesionales, por lo que es razonable el criterio del juzgador de instancia de no apreciar negligencia en los mismos. Es más, «no se observó la protección especial de los consumidores en materia de adquisición de viviendas, pues no hay constancia que en la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta se hayan expresado los datos, características y condiciones relativas a la construcción, lo que es una exigencia indeclinable cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado conforme al artículo 3.2 del RD de 21 de abril de 1989». (STS de 17 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Varios particulares interpusieron demanda de juicio ordinario contra *Fomento Inmobiliario de Viviendas Sociales, S. A.* en reclamación de una indemnización por incumplimiento contractual, dado que la volumetría de los techos de los pisos que les fueron entregados por la sociedad demandada no se adecuaba al proyecto de construcción. La demandada alegaba en su defensa que los demandantes habían suscrito escritura pública de tales transacciones, por la que, según una cláusula de la misma, «tomaban posesión en ese acto de las fincas transigidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad». Las pretensiones de los actores fueron estimadas en primera instancia, y ratificadas en apelación. Finalmente el recurso de casación interpuesto por la demandada es igualmente desestimado. (E. C. V.)

17. Resolución por incumplimiento: ejercicio extrajudicial. Efectos *ex tunc*.—Como señala la S de esta Sala de 27 de octubre de 2004, con cita de la de 19 de noviembre de 1984, «no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso», y añade que «el ejercicio en el aspecto funcional de tales derechos o facultades de modificación jurídica mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, sin necesidad de pretensión ante los Tribunales, que en caso de conflicto se limitarán a proclamar un efecto ya producido, cobra todo su relieve en las hipótesis de denuncia de la relación obligatoria como facultad atribuida para extinguirla por la sola voluntad de una o de cualquiera de las partes, según lo estipulado en el contrato básico, pacto frecuente en las relaciones basadas en la recíproca confianza y con prevista larga duración. Análogamente enseña la jurisprudencia que la facultad resolutoria del contrato, tanto la expresa como la implícita, puede utilizarse mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, aunque a reserva de que sean los Tribunales los que examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada, lo que significa que la decisión pronunciada en vía judicial no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada (en similar sentido las SS de 17 de enero de 1986 y 15 de noviembre de 1999)». Por ello ha de reconocerse que los efectos de la resolución han de estimarse producidos desde el momento en que la parte facultada para ello así lo manifestó a la contraria.

El incumplimiento total excluye la moderación de la cláusula penal.–

La cláusula octava del contrato de arrendamiento, anteriormente transcrita, establecía que en caso de resolución del contrato «el retraso en dejar libre la estación de servicio devengará a partir del día quinto, una penalidad de 200.000 pesetas por día, y serán de su cargo todos los gastos que se generen». Efectivamente, la facultad moderadora de los Tribunales requiere que la obligación garantizada con cláusula penal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC), sin que pueda operar cuando, como ocurre en el caso, se ha dado un incumplimiento total de la obligación al permanecer Radial 4 en la explotación de la gasolinera con suministro de otros proveedores y obteniendo los beneficios propios de la industria de titularidad ajena cuya posesión mantuvo injustamente. En consecuencia, ha de acogerse dicha pretensión de condena. (STS de 3 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.–Con el fin de realizar la explotación comercial de una gasolinera, el día 24 de marzo de 1993 *Texaco Petrolífera, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento de industria y se comprometió a suministrar combustible a *Radial 4 de Combustibles, S. L.* Esa empresa además fue franquiciada para distribuir artículos de bazar de un establecimiento y otros comercializados en una cafetería durante un período de cinco años. Frente a las demandas judiciales de resolución por incumplimiento contractual interpuestas por ambas empresas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valdepeñas dictó sentencia el día 18 de marzo de 1998, las estimó parcialmente: declaró no procedente la resolución de los contratos celebrados al considerar que ninguna de ambas partes había incumplido sus obligaciones y condenó a *Texaco Petrolífera, S. A.*, a abonar a *Radial 4 de Combustibles, S. L.* la cantidad de 19.652.560 pesetas, tras declarar el derecho de ésta a percibir unas «comisiones». Interpuesto recurso de apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia desestimatoria con fecha 18 de noviembre de 1998. *Texaco Petrolífera, S. A.*, recurrió en casación al entender que la misma no había asumido el deber de pagar comisiones, puesto que el beneficio de *Radial 4 de Combustibles, S. L.*, se encontraba en la aplicación de descuentos en el suministro de combustible. Además, la recurrente solicitó que el Alto Tribunal declarara la validez de la resolución de los contratos realizada por medio de requerimiento notarial el día 12 de julio de 1996, así como una penalización para *Radial 4 de Combustibles, S. L.*, por no haber restituido inmediatamente la gasolinera. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

18. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Necesidad de la existencia de un daño real para su apreciación.–

No se han acreditado dentro del procedimiento la existencia de daños y perjuicios a la actora en virtud de la resolución unilateral llevada a cabo por la demandada. Y es que también se acredita que por obligación legal la demandada ha continuado el suministro de energía y no se ha acreditado, por el contrario, sustancial modificación en la recepción por los abonados de la demandante; aunque, en efecto, el preaviso de finalización del contrato se haya hecho con incumplimiento del plazo previo de seis meses anterior a su

caducidad (se hace el 13 de enero de 1997 y tenía que estar vigente hasta el 19 de febrero de 1998). Y no se trata de un contrato de duración indefinida, que permite su resolución unilateral sin causa ni indemnización; pues se trata de un contrato de duración anual, prorrogable por un año a voluntad de las partes. La doctrina que mantiene la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina «por sí mismo» un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral (SS de 18 de julio de 1997 y 31 de diciembre de 1998 y 16 de marzo de 1999) lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente la existencia (SS de 19 de octubre de 1994, 16 de marzo de 1995, 11 de julio de 1997, 16 de marzo y 28 de diciembre de 1999, y 10 de junio de 2000), o es una consecuencia forzosa (S de 25 de febrero de 2000), o natural e inevitable (SS de 22 de octubre y 18 de diciembre de 1995), o se trata de daños incontrovertibles (S de 30 de septiembre de 1989), evidentes (S de 23 de febrero de 1998) o patentes (S de 25 de marzo de 1998). Así resume la sentencia de 29 de marzo de 2001. Y esta Sala, de manera constante ha venido diciendo que la prueba de la existencia del daño ha de hacerse en la fase probatoria del proceso (STS de 31 de enero de 2001). La jurisprudencia es reiterada en la doctrina de que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato requiere la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos (SS de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997 y 24 de mayo de 1999). (STS de 26 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 19 de febrero de 1990, *Enher, S. A.* y *Electra Avellana, S. A.* firmaron un contrato de suministro. La duración del contrato se pactó por un año prorrogable por períodos de idéntica duración, si la otra parte no manifestaba su interés en rescindirlo, con un preaviso de seis meses. El 13 de enero de 1997, *Enher, S. A.* remitió un escrito a la otra compañía en que le comunicaba que, con efectos a partir de la fecha, daba por rescindido el contrato. Sin embargo, *Enher, S. A.* continuó suministrando energía eléctrica a *Electra Avellana, S. A.* hasta el 19 de febrero de 1998. Con todo, esta última sociedad interpuso demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Girona estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia de Girona revocó la sentencia de instancia y desestimó íntegramente la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de *Electra Avellana, S. A.* (A. S. C.)

19. Cláusula penal: liquidación del daño e interpretación restrictiva.—El motivo primero del recurso interpuesto por don L. C. y doña C. por interpretación errónea del artículo 1152 CC porque, entre otros motivos, no repara en que la cláusula penal contractualmente establecida lo es para la falta de cumplimiento por el comprador de su obligación de pago del precio determinante de la resolución del contrato, sin que quepa extender la aplicación de la cláusula penal a la inobservancia de otras obligaciones no previstas por ésta, e impedir que los daños producidos por los mismos sean indem-

nizados, se estima por las razones que se dicen seguidamente. Es doctrina reiterada de esta Sala que la cláusula penal, como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el cumplimiento o incumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva (entre otras, SS de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 23 de marzo de 1997). La jurisprudencia concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben entenderse con carácter restrictivo es de aplicación al supuesto debatido, donde la sentencia recurrida ha rechazado la petición de la demanda sobre la condena a los compradores del inmueble por los daños y perjuicios causados por el no desalojo del mismo y la no restitución de la posesión a los vendedores tras la resolución del contrato de compraventa, con fundamento en que la cláusula penal convenida adquiere incidencia decisiva al resolverse la venta y viene a sustituir a la indemnización, sin tener en cuenta que la misma sólo alcanza a la resolución del contrato por falta de pago de las cantidades aplazadas a su vencimiento, con los efectos que para tal circunstancia se estipularon, pero no a la inobservancia mostrada por aquellos respecto a la no devolución del bien objeto del contrato tras su resolución y, en definitiva, a los daños y perjuicios ocasionados por tal incumplimiento. **(STS de 18 de julio de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—El día 23 de marzo de 1991, don D. T. T. y doña P. A. T. vendieron a don S. S. G. y don J. Z. M. un inmueble denominado «Hostal Loreto». Los compradores pagaron los primeros plazos del precio acordado pero no los que vencieron a partir del día 23 de marzo de 1994. Entonces el comprador don S. S. G. arrendó el «Hostal Loreto» a M. C. M., con fecha de 2 de junio de 1994, y otorgó a su favor un derecho de opción de compra sobre este inmueble por un plazo de dos años. Ante la situación creada, los vendedores notificaron a don S. S. G. y don J. Z. M. la resolución de la compraventa por vía notarial y, además, les requirieron para que restituyeran el inmueble. Interpuesta demanda por don D. T. T. y doña P. A. T., el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torremolinos dictó sentencia el día 13 de enero de 1997, que declaró resuelto el contrato, el derecho de los demandantes a retener la mitad del importe pagado hasta el momento por los compradores y la extinción del arrendamiento y el derecho de opción de compra. Desestimados los recursos de apelación de los compradores y vendedores por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, por medio de sentencia de fecha 14 de octubre de 1998, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de S. S. G. y don J. Z. M., al considerar que las cargas y gravámenes que recaían sobre el inmueble no facultaron a los compradores a suspender el pago (art. 1502 CC), ni afectaron la eficacia del requerimiento judicial realizado por los vendedores (art. 1504 CC). En cambio, el Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por D. T. T. y doña P. A. T., relacionado con el alcance que cabe atribuir a una cláusula penal inserta en el contrato de compraventa, y condena a los compradores a indemnizar por el daño ocasionado por no restituir el «Hostal Loreto». (*J. M. B. S.*)

20. Naturaleza de la acción pauliana.—La acción pauliana tiene actualmente un carácter de cierta objetividad, a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el *consilium fraudis*. Se configura en nuestro Derecho como acción de tipo rescisorio, puesto que deja sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos, y derivado de ese carácter es de observar que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores puede o no ser dolosa o intencional, bastando con que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente. Y de ahí que, al no ser necesario un *animus nocendi* o de perjudicar a los acreedores, pueda concebirse desde un punto de vista objetivo el carácter de acción rescisoria de la acción pauliana.

Presupuestos de la acción rescisoria por frau de acreedores.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor (S de 31 de diciembre de 2002). El fraude (*consilium fraudis*) es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.2.º, 1291.3.º y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estar-se al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En esta línea se manifiestan entre otras las sentencias de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001 y 15 de marzo de 2002) con arreglo a las que no es precisa la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo, basta una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (STS de 31 de octubre de 2002). (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 8 de marzo de 1994, el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* y la entidad constructora *Cosupa, S. L.* suscribieron una póliza de crédito mercantil que estaba afianzada

por los cónyuges don F. M. S. y doña P. R. C. En virtud de lo convenido en el contrato, las letras de cambio debían pagarse en distintas fechas comprendidas entre finales del año 1994 y principios de 1995. Sin embargo, al llegar al vencimiento de las letras, éstas resultaron impagadas. Asimismo, en fecha 31 de enero de 1995, los cónyuges anteriormente mencionados procedieron a la venta del único bien que constituía su patrimonio a favor de su hija, soltera y conviviente con sus padres. La venta se realizó por una suma muy inferior a la de su valor real. El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Terrassa en la cual solicitaba la nulidad por simulación absoluta de la compraventa o, subsidiariamente, que se declarase que la compraventa había sido realizada en frau de acreedores. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Barcelona la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa por frau de acreedores. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los cónyuges y su hija. (A. S. C.)

21. Frau de acreedores. Concepto de *consilium fraudis*.—La jurisprudencia que interpreta la acción rescisoria o pauliana es muy clara al respecto. El patrimonio del deudor es garantía común de los acreedores, pero conservando éste la facultad de disponer, esta disposición puede hacerse en frau de los legítimos intereses de sus acreedores. La acción tiende a hacer efectivo este derecho para proteger el crédito, desde el momento en que se produce, configurándose como una acción de tipo rescisorio, puesto que deja sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos. Derivado de este carácter, la ha dotado de cierta objetividad, a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el *consilium fraudis* (STS de 19 de julio 2005), habiendo precisado este Tribunal que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores puede no ser dolosa o intencional, bastando con que se produzca el perjuicio por el hecho de conocer que con la enajenación no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores (SSTS de 23 octubre de 1990, 19 de septiembre y 31 de octubre de 2002). Ahora bien, por definición, el *consilium fraudis* implica la celebración de un negocio dispositivo celebrado por el deudor en frau de sus acreedores con la complicidad o conocimiento de la persona con la que contrata y hace suyos los bienes para dejarlos fuera de la acción de su acreedor, por lo que no basta por sí solo el perjuicio causado con el negocio en cuestión, sino que es preciso que vaya acompañado de este propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación (SSTS de 17 de marzo de 1972, 28 octubre 1993, 28 noviembre 1997, entre otras), puesto que de otra forma se dejaría sin protección al adquirente, que es parte en el negocio perjudicial pero que puede ser ajeno a la deuda, desde la idea de que su interés es tan digno de tutela como el acreedor defraudado y de que goza de la protección de la apariencia.

Frau de acreedores. Presunción de fraude. Distinción según si los contratos son de carácter oneroso o gratuito.—Esta consideración sitúa el problema en una simple cuestión de prueba sobre la existencia del acuerdo, de la complicidad o del conocimiento defraudatorio, sujeta al arbitrio judi-

cial, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación (SSTS de 28 de junio de 1912, 16 de marzo de 1989, 13 de febrero de 1992 y 14 de abril de 1998), pero que se simplifica a partir de la consideración legal de que la adquisición por contrato a título oneroso (art. 643, p. 2.º), a diferencia de la que se realiza a título gratuito (art. 1297.1.º CC), sólo se presume que es fraudulenta para ambas partes, cuando ya se hubiese dictado sentencia condenatoria para el deudor o expedido mandamiento de embargo, flexibilizando de esa forma la prueba que permita destruir la presunción de buena fe a partir de una suma coordinada de indicios, que no se da en el presente caso con los datos que tiene en cuenta y valora la sentencia, pues con anterioridad a la fecha del título que se esgrime en apoyo de la demanda, no se había dictado sentencia alguna condenatoria ni expedido mandamiento de embargo de bienes a que se refiere el indicado precepto, siendo doctrina reiterada de esta Sala que la presunción de fraude que establece el artículo 1292.2 CC 1.º desaparece cuando se acredita que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas (SSTS de 2 de enero de 1912, 29 de diciembre de 1993 y 28 de octubre 1988), habiendo declarado asimismo que la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que tampoco cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1297, párrafo primero, CC (STS de 28 de noviembre 1997). (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.* interpuso demanda contra *Suministros Eléctricos de Mallorca, S. A.*, *Banca March, S. A.* y *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, así como a los matrimonios compuestos, de un lado, por los cónyuges don D. A. G. y doña P. C. G. y, de otro, por don F. P. R. y doña S. R. G. en la que se solicitaba la acción rescisoria por fraude de acreedores de determinados contratos celebrados por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Palma de Mallorca desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Mallorca. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo al considerar que no había existido *consilium fraudis* entre las distintas partes contratantes. (A. S. C.)

22. Fraude de acreedores. Aplicación del artículo 1298 CC.—El artículo 1298 CC impone una eficacia revocatoria, en relación con los artículos 1111, 1291.3.º y concordantes CC, en aquellos casos en que el acreedor ataca el título del tercero para que las cosas reingresen en el patrimonio del deudor. De este modo, contempla una hipótesis diversa a la del artículo 1295 CC: alguien ha adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude, y no pudiéndolas devolver, ha de indemnizar los daños y perjuicios. En el caso, la hoy recurrente adquirió de su marido la administración de loterías en fraude del crédito que se le reconoció a su hermano por sentencia firme. Declarado el fraude y advertida la mala fe por las sentencias de instancia, cuya apreciación probatoria no ha sido desvirtuada, preciso es concluir que se ha de aplicar el precepto que acertadamente invoca la Sala.

Ausencia de nulidad civil en supuestos de infracción de normativas administrativas.—La legislación que se invoca sobre administraciones de

loterías, y en concreto la Instrucción de Loterías, D 23 de marzo de 1956 y del RD 1082/1985, de 11 de junio, sólo permite participar en los concursos para ser titulares de administraciones de la Lotería Nacional a personas físicas (art. 7.a II) y sólo se admite un nuevo titular, por renuncia del anterior, a propuesta del renunciante, a favor de su cónyuge, padres, hijos o nietos (art. 13.1) y, por fallecimiento, a los mismos, si hubieren colaborado efectivamente en las tareas de administración durante al menos cinco años, los inmediatamente anteriores (art. 14.1). Pero ya ha dicho esta Sala que cabe la titularidad plural en el orden civil, que es compatible con la titularidad administrativa acomodada a la normativa especial que rige las administraciones de Loterías del Estado, en el caso de comunidad hereditaria (STS de 22 de julio de 1997), pues decía esta sentencia, con cita de la de 26 de abril de 1995, entre otras, que «la prohibición que contiene el artículo 183, con relación al 302 de la Instrucción General de Loterías hay que referirla a la relación con terceros, ajenos a la titularidad dominical del negocio en cuestión y no cabe ser encuadrado en el artículo 6.3 CC, dado su carácter reglamentario administrativo, pues conforme a reiterada jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas» y la STS de 31 de diciembre de 1997, confirmaba este criterio, diciendo en «el supuesto de estancos, como en los similares de Administración de Loterías, que correspondan a la actuación monopolista del Estado, esta Sala de Casación Civil ha declarado que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración, que no excluye la civil», apoyándose en las SSTs de 22 de julio de 1997, que cita las de 19 de julio de 1991 y 9 de julio de 1993, entre otras. (STS de 20 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. P. A. regentaba una administración de loterías cuando, en fecha 6 de marzo de 1981, celebró un contrato de sociedad civil con don J. S. S. según el cual ambos contratantes se comprometían a llevar de forma conjunta el mencionado negocio. Sin embargo, a partir de 1987, surgieron desavenencias entre ellos que determinaron la interposición de un pleito que terminó en sentencia firme de la Audiencia de Valencia de fecha 1 de octubre de 1991. En dicha resolución, se declaró la obligación de don F. de abonar la mitad de las ganancias de la administración de loterías a don J., fijándose la deuda en unos quince millones de pesetas. Con todo, don J. sólo pudo embargar pequeñas cantidades y no las rentas del negocio, puesto que en febrero de 1992, don F. renunció a la administración de loterías a favor de su esposa, doña J. S. S. siendo ésta nombrada con carácter definitivo por el Organismo Nacional de Loterías en octubre de 1992. En base a ello, don J. interpone demanda contra don F., doña J. y el Organismo Nacional de Loterías solicitando que se declarara que doña J. había adquirido de mala fe y en frau de acreedores la administración de loterías y se la condenara al pago de los quince millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alicante estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Alicante confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

23. Acción subrogatoria: congruencia de la sentencia que mantiene la condena a la sociedad cooperativa demandada, no recurrida por la condenada, y acoge la petición subsidiaria de la demanda y condena a los socios cooperativistas a satisfacer lo que cada uno adeuda a la cooperativa.—La sentencia es congruente con las peticiones de las partes (en este caso, de la actora), pues a través de la acumulación de acciones (expresamente aducida) hecha en demanda, y partiendo de que la condena de la sociedad es inocua, por su insolvencia, de los que se trata es de que se condene a los socios, que son los adjudicatarios de las viviendas, que las disfrutaban, y esto es lo que aquélla, en definitiva, determina, y el punto de partida es esa declaración de insolvencia, que dice la sentencia que está patentizada. La condena a las cantidades individualmente debidas es la más justa, por estar perfectamente determinadas, no siendo factible, en justicia, hacerlo igualitariamente, porque se daría un enriquecimiento injusto de unos frente a otros.

Los socios de una cooperativa de vivienda son copromotores y adeudan a la constructora las cantidades invertidas en cada vivienda o local.—Tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales (construcción de un bloque, perteneciente a una urbanización más amplia), siendo promotora la cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas (o, en su caso, a los que les sucedieran, por subrogación autorizada por la cooperativa, tras la previa adquisición, por traspaso, de esa condición de socios), la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son copromotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la constructora las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos. (STS de 19 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La constructora de unas viviendas demandó a una cooperativa de viviendas y a diecisiete personas físicas en reclamación de cantidad, articulando su demanda de forma sucesiva, es decir: solicitando la condena de todos los demandados pero supeditando la condena de las personas físicas por partes iguales a que la cooperativa careciera de bienes; y subsidiariamente se solicitaba la condena de las personas físicas demandadas a satisfacer las cantidades que cada una de ellas adeudaba a la cooperativa. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad cooperativa a pagar la cantidad reclamada, absolviendo a los demás demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora, estimando la demanda en el sentido de condenar a los demandados a satisfacer a la constructora las cantidades que cada uno de ellos adeudara a la cooperativa. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

24. Liquidez de la deuda documentada en póliza de préstamo desde la fecha que figura en dicha póliza.—Dice la S de 30 de octubre de 1995 que «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida

o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazo que se hayan pactado», y continúa diciendo que «aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empece a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que una simple operación matemática posterior, por lo que no puede afirmarse, y si en la póliza de crédito (*sic*), que la cuantía esté indeterminada». Criterio mantenido igualmente en la S de 6 de junio de 1995 y en la de 2 de noviembre de 2002 que cita las anteriores, así como la de 30 de abril de 2002 que trata de un supuesto en que en la póliza de préstamo se contenía una estipulación del mismo contenido que la duodécima de la póliza en que se funda esta tercera; dice la S de 30 de abril de 2002 que «la reseñada estipulación presenta la naturaleza de un pacto procesal con finalidad de favorecer el acreditamiento de uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez de la deuda reclamada, y previene algo que si bien en este caso resulta superfluo, habida cuenta de la liquidez que por sí misma genera esta operación de préstamo, redundará en la demostración y concreción de la deuda para el caso de formular reclamación judicial de su importe, sin embargo lo debatido en este juicio de tercera es el mejor derecho dimanante de un negocio jurídico, que no nace de la certificación, sino de la póliza de préstamo donde fue formalizado, de manera que, al no resultar legalmente necesario, no puede afectar a la determinación de la preferencia del crédito aquí discutida; en definitiva, esta obligación es líquida, toda vez que se perfecciona por la entrega de la cosa, y no precisa de ulterior liquidación, sin que le sean aplicables los dos últimos párrafos del artículo 1435 LEC, y ello con independencia de la inclusión en las cláusulas de la póliza de préstamo del aludido pacto de liquidación, que es inocuo en este contrato por la propia naturaleza líquida de la obligación que contiene». (STS de 21 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja* interpuso demanda de tercera de mejor derecho contra otro acreedor y el deudor común. Solicitaba la tercerista la declaración de que su crédito, representado por un préstamo documentado en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa en 1993, era preferente al de la codemandada, representado por letras de cambio. El acreedor demandado alegaba que el crédito del tercerista sólo fue líquido a partir de la liquidación efectuada por la Caja de Ahorros, pero no desde la fecha de la póliza. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de la apelación y estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

25. Tercera de mejor derecho. Diferencias entre la póliza de préstamo y la póliza de crédito.—El contrato de préstamo, por sí mismo, es título de ejecución y su fecha, según el artículo 1924.3.º, determina la preferencia frente a otros del mismo tipo: por el orden de antigüedad y al tiempo de ejecutarse, precisa que se determinen (se liquide) la parte pagada y la parte impagada, de capital e intereses, lo cual no empece a aquella preferencia por razón de antigüedad de la fecha del contrato y no la altera, ya que es un trámite aritmético que debe necesariamente hacerse, háyase o no pactado en

una estipulación en el contrato de préstamo. La póliza de crédito, precontrato consensual de préstamo, por el contrario, no queda materializado como crédito determinado y exigible hasta que no se completa aquella póliza con la liquidación pertinente y es a partir de ese momento cuando su fecha queda determinada y puede prevalecer por el orden de antigüedad de ésta, no antes (STS de 2 de noviembre de 2002).

La condena en costas es una decisión confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador, no susceptible de casación.—Según doctrina jurisprudencial (S de 15 de octubre de 1984), la apreciación de la temeridad o de la mala fe a efectos de la imposición de todas las costas producidas a uno de los litigantes, esté o no fundada tal apreciación en el artículo 1902 CC, no se halla sometida a preceptos específicos o de doctrina legal, sino enteramente confiada al discrecional y prudente arbitrio del mismo juzgador, por lo que no es susceptible de casación (S de 17 de febrero de 1986). (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad de crédito demandante formuló una tercería de mejor derecho contra otra entidad de crédito y los ejecutados en un procedimiento, solicitando la preferencia de su crédito, documentado en una póliza de préstamo, sobre el crédito del ejecutante, documentado en una póliza de crédito de fecha anterior a la póliza de préstamo antes citada, pero cuya liquidación fue posterior a la de dicha póliza de préstamo. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón al tercerista. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

26. La expromisión efectuada no liberó a la entidad bancaria deudora del reintegro del importe de las letras de cambio indebidamente cargadas en la cuenta corriente del acreedor.—Los actos a que se refiere el motivo no tenían la finalidad de exonerar al Banco Popular de la deuda renegociada ya que el hecho de que se hubieran librado unas nuevas letras o de que el representante de la actora hubiera declarado que sólo reclamaba los intereses de las que fueron impagadas no es un acto concluyente del que pueda entenderse renunciado al derecho al cobro derivado de la conducta que se imputa al Banco. La renuncia de derechos, como establece la doctrina de esta Sala (13 de junio de 1942, 16 de octubre de 1987, 4 de mayo de 1976, 5 de mayo de 1989 y 30 de octubre de 2001), no tiene requisitos propios, distintos de los que corresponden en cada caso en relación con la naturaleza del acto que se realiza y la materia sobre la que recaiga y está sin duda admitida tanto en la forma expresa como en la tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta, la voluntad de renunciar puesto que tales actos suponen una dejación clara, terminante e inequívoca, circunstancias que no se dan en el supuesto enjuiciado. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora formuló demanda contra el *Banco Popular*, reclamando el reintegro del nominal de dos letras de cambio libradas por otra entidad siendo librada la demandante, cuyo importe hizo efectivo la demandada contra la cuenta corriente de la demandante, habiéndose acreditado que la firma del librado aceptante estaba falsificada. El Juez de Primera Instancia desestimó la

demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con ello la demanda. El demandado formuló recurso de casación sosteniendo fundamentalmente que el nuevo acuerdo entre la demandante y la libradora de las letras de cambio había liberado de responsabilidad a la entidad bancaria demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

27. Perfección del contrato de compraventa.—«Si se trata de una venta sujeta a condición, se ha producido un acuerdo de voluntades que no afecta a la perfección del contrato ni desnaturaliza el concepto jurídico de la compraventa permitiendo a los contratantes exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma, pues el crédito existía al hacerse la cesión, estando únicamente pendiente de pago. Desde el momento en que se suscribe el acta de recepción y liquidación de alcohol entre *Vinibasa* y el *Sempa*, hay que entender que se produjo un acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio del contrato, perfeccionándose la compraventa, conforme al artículo 1450 CC, lo que daba derecho al vendedor para cobrar el crédito y transmitirlo, como hizo *Vinibasa* al *BEE* cuando emite la factura, toda vez que el crédito estaba perfectamente nacido y no era más que el derecho a exigir el precio del contrato».

Exigibilidad de las obligaciones.—«Si la condición es suspensiva, una vez cumplida, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución, pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato, todo lo cual implica que la consolidación de los efectos se produce en quien era titular al momento de la perfección del contrato sometido a condición suspensiva». Siendo resolutoria la condición, la solución sería la misma puesto que el contrato produciría todos sus efectos desde su celebración como si se tratara de una obligación pura y como tal exigible desde el momento en que queda constituida, como así resulta del artículo 1113 CC, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

Cesión del derecho de crédito.—Nos encontramos ante una gestión de cobro en la que el banco retiene los documentos en comisión de cobro pero su propiedad sigue siendo de la entidad actora. Admitiendo, por tanto, que el contrato de descuento tiene eficacia traslativa de los créditos que son objeto de descuento y que para obtener éste y la consiguiente percepción anticipada del crédito se instrumentó esta operación a iniciativa de la actora, el motivo se rechaza como consecuencia lógica de la estimación de los anteriores puesto que si *Vinibasa* cumplió lo contratado y de ello nació su derecho a la contraprestación por el *Sempa*, que duda cabe que estamos ante un crédito nacido y como tal susceptible de ser transmitido con plena validez y eficacia jurídica, como existente antes de la suspensión de pagos, con el simple concurso del consentimiento del titular cedente y del cesionario, con independencia de la fecha en que el banco lo notificó fehacientemente al deudor. Consecuentemente, en el presente caso, la cesión ya se había producido cuando se admitió a trámite la solicitud de suspensión de pagos, por lo que no deben tales créditos entrar a formar parte del activo de la suspensión y no se ve vulnerado con ello el principio *par conditio creditorum* (**STS de 18 de julio de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora *Vinialcoholera de Badajoz, S. A.* (en adelante, *Vinibasa*) interpuso demanda de juicio ordinario contra *Banco Exterior de España, S. A.* (en adelante, *BEE*), con la pretensión de que se condenara al demandado a pagarle la suma de 49.030.968 pesetas, basándose en el hecho que éste último había cargado en su cuenta dicha cantidad para cancelar un crédito que con anterioridad le había concedido, y todo ello de resultas de unos documentos en los que, en opinión de *Vinibasa*, se reflejaban unas simples ofertas hechas por la misma a otra sociedad, *Sempa*, después de encontrarse en suspensión de pagos. Según la actora, el cargo de esa cantidad a su cuenta por parte del Banco para cancelar el crédito suponía una vulneración del principio *par conditio creditorum*. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión de la actora, porque entendió que antes de que ésta fuera declarada en suspensión de pagos, ya se había producido la cesión al *BEE* del derecho de crédito que ella tenía contra el *Sempa*, y que por lo tanto dichos documentos no reflejaban una simple oferta, sino que el derecho de crédito había efectivamente nacido. Sin embargo la Audiencia Provincial estimó parcialmente el pedimento de la actora, rebajando la cantidad demandada, y argumentando que se trataba de una venta sometida a condición, considerándola una simple oferta, por lo que no puede transmitirse un derecho que todavía no ha nacido. Posteriormente el *BEE* interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que es estimado. (E. C. V.)

28. Opción de compra. Ejercicio: perfección del contrato de compraventa.—Dice la S de 14 de noviembre de 2002 que «ejercitada la opción por el optante en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa»; así la S de 22 de diciembre de 1992 afirma que «una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción, y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse en relación a éste, el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante haya comunicado su voluntad de ejercitar su derecho de opción» y, en el mismo sentido, la S de 22 de noviembre de 1993, dice que «una vez que el optante ejercita la opción de compra dentro del plazo estipulado, y lo comunica al optatario o concedente, la opción queda plenamente extinguida o consumada y, desde ese mismo momento y por ese único hecho, nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (SS de 6 de abril de 1987, 23 de diciembre de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 17 de marzo y 21 de julio de 1993, por citar algunas de las más recientes)». En el presente caso, la opción fue ejercitada dentro del plazo estipulado, como resulta de la prueba aportada a los autos y así lo reconoce el propio demandante en cuanto ejercita acción resolutoria del contrato de compraventa consecuencia del ejercicio de la opción de compra. Se perfeccionó así el contrato de compraventa sobre el local objeto del contrato de arrendamiento al que se adicionó la opción de compra; a partir de ese momento, todas las discrepancias posteriores al ejercicio

de la opción que puedan surgir entre las partes hay que residenciarlas en el ámbito del incumplimiento del contrato de compraventa. Al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe los preceptos legales citados en el motivo que se estima.

Inaplicación de la condición resolutoria tácita.—Ha sido resuelto en forma contradictoria por la jurisprudencia la cuestión referida a la posibilidad de aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1124 CC dado el carácter unilateral del contrato de opción de compra; la doctrina jurisprudencial más moderna y consolidada se pronuncia por esa inaplicabilidad y cuando ha admitido la aplicación del artículo 1124 CC lo ha sido en razón a la existencia de prestaciones accesorias; incluso cuando existe precio en la opción de compra, su impago «sólo cabe operar como derecho a su percibo y a su reclamación caso de no haberse abonado, a fin de que la opción persista en el período de su vigencia, por ser lo más adecuado y procedente en razón a su propio contenido y especial naturaleza», dice la S de 29 de marzo de 1993. La S de 29 de julio de 1987 dice: «en el tercer considerando de la sentencia de la Audiencia se sostiene la inaplicabilidad del artículo 1124 en base al carácter unilateral del contrato de opción de compra, lo cual, si bien es cierto en la generalidad de los casos, no deja de ser dudoso en el contrato de autos en que la asignación de un precio a la opción de compra, parece configurarle la bilateral e incluirle en el ámbito del artículo 1124 CC»; más rotundamente se pronuncia la S de 22 de noviembre de 1993 al decir: «sin que a la denominada opción de compra pueda serle de aplicación el artículo 1124 regulador como se sabe de la denominada condición resolutoria tácita, pues dicho (precepto, se entiende) es de exclusiva aplicación a las obligaciones bilaterales lo que excluye su aplicación a la convención jurídica que hoy nos ocupa que es de naturaleza unilateral (cfr. S de 30 de septiembre de 1989) y mucho menos el artículo 1504 CC»; y en el mismo sentido se manifiesta la S de 31 de julio de 1996, «dada la inaplicabilidad del artículo 1124 CC en el contrato de opción —no hay obligación recíproca ni se trata de impago de la prima de la opción que no se pactó— y no haberse llegado a perfeccionar el contrato de compraventa [...] y, de proceder una resolución, la misma habrá de referirse a la compraventa». (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1988, el padre de don A. G. C. —la sentencia no especifica su nombre— arrendó un local de negocio a don J. J. G. H. y doña M. J. F. A., y otorgó a su favor un derecho de opción de compra sobre la finca arrendada por un plazo de cinco años. Al finalizar el último año de arrendamiento, don J. J. G. H. y doña M. J. F. A. ejercieron la opción. Impagado el precio de ésta, don A. G. C. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia el 22 de julio de 1997, en que estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de opción de compra. Tras ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por don J. J. G. H. y doña M. J. F. A., por medio de sentencia dictada el 2 de diciembre de 1998 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, el Tribunal Supremo declara que, si bien la resolución debe ser referida a la compraventa perfeccionada con el ejercicio de la opción, no ha lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

29. La resolución de la compraventa de inmuebles regulada en el artículo 1504 CC no deriva del incumplimiento sino del requerimiento resolutorio efectuado por el vendedor.—Y como el comprador pudo pagar hasta ser requerido (en los términos en que se interpreta, al respecto, el art. 1504 CC), la resolución de la relación contractual nacida del contrato de compraventa de inmueble no se entiende producida sólo por el incumplimiento (en todo caso necesario, dada la relación existente entre dicho artículo y el 1124 CC, destacada por la jurisprudencia: SS de 5 de mayo de 1983, 15 de octubre, 6 de noviembre de 1984, 29 de abril, 22 de marzo, 10 de junio de 1985, 18 de marzo y 29 de abril de 1994 y 21 de junio de 1996), sino, supuesto aquél, por el requerimiento del vendedor (SS de 27 de abril de 1988, 15 de noviembre de 1989, 2 de febrero de 1990, 27 de noviembre de 1995 y 21 de junio de 1996).

Se produce la compensación cuando sus requisitos se cumplen con anterioridad al requerimiento resolutorio de la compraventa.—La compensación legal de deudas, medio de neutralización de las mismas que, como se dijo, fue oportunamente opuesto por la compradora demandada, produce sus efectos desde el momento en que concurrieron los requisitos que la norma exige, aunque lo desconocieran las partes (art. 1202 CC) y ello sucedió, como se declara en la sentencia recurrida, con anterioridad al requerimiento contemplado en el artículo 1504 CC (y a la propia venta). (**STS de 4 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante interpuso una acción para resolver una compraventa de un inmueble por falta de pago, pero el demandado opuso la compensación de la deuda, por adeudar el vendedor al comprador diversas letras de cambio y pagarés completos, que habían vencido con anterioridad a que se cumpliera el supuesto resolutorio. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

30. Validez del contrato de permuta de inmuebles perfeccionado en contrato privado.—Se trata de un pronunciamiento del Juzgado firme, pues como queda anticipado la sentencia de apelación lo asumió desde el momento en que no fue impugnado.

El artículo 1225 CC se refiere a la eficacia de los documentos privados entre los que los suscribieron y sus causahabientes.—El Ayuntamiento recurrente para nada intervino en dicha permuta, afectándole como tercero la fecha del documento desde la presentación en la Oficina Liquidadora (art. 1227 CC).

Declarada la expropiación con conocimiento suficiente por la Junta Vecinal entra en juego el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa.—Que autoriza a la entidad expropiante y a los afectados por la expropiación para que puedan convenir la adquisición de los bienes libremente y por mutuo acuerdo, con lo que está permitiendo su venta, en cuyo caso, una vez concertados los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluso el expediente, que es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

La normativa expropiatoria permite ser interpretada con flexibilidad necesaria y no restrictivamente.—En aras de que el proceso expropiato-

rio pueda llegar a una solución conveniente para todos los interesados sin que, cuando concurre acuerdo, se haga preciso agotar el expediente hasta llegar a la ocupación forzosa. De esta manera la venta llevada a cabo por la Junta Vecinal ha de ser reputada válida y eficaz. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad hereditaria ejercitó la acción declarativa de dominio contra el Ayuntamiento de Cernadilla, en relación con unas fincas que la actora había adquirido mediante permuta perfeccionada con una compañía eléctrica que, a su vez, había accedido a la propiedad de las fincas litigiosas cuando las mismas formaban parte de unos montes vecinales en mano común, como consecuencia de un acuerdo de venta integrado en un procedimiento de expropiación forzosa y cuya beneficiaria era la citada compañía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la demandante y declaró su propiedad sobre las fincas en cuestión. El Ayuntamiento interpuso recurso de casación alegando que la permuta no constituía título legítimo de dominio, porque estaba formalizada en contrato privado y con invocación de los artículos 348 y 1225 CC, y que la causante de la actora no ostentaba la propiedad de las fincas litigiosas, porque los montes vecinales en mano común son inalienables aunque puedan ser objeto de expropiación forzosa, habiéndose vulnerado por la sentencia recurrida los artículos 2, 3 y concordantes de la Ley 50/1980, de 11 de noviembre, reguladora de dichos montes.

NOTA.—La doctrina administrativista viene intentando diferenciar entre la figura del contrato (civil o administrativo) y los actos administrativos que se producen con la aceptación o consentimiento de los interesados pero sin llegar a desnaturalizarse hasta convertirse en relaciones puramente contractuales. La situación viene agravándose cuantitativamente por el enorme auge que va tomando la «ejecución concertada de los planes urbanísticos», que en buena medida supone la huída por parte de las administraciones públicas de la actuación reglada mediante el recurso a mecanismos de Derecho privado para el desarrollo de su actividad; al margen de la valoración que a cada cual merezca este proceso, lo cierto es que supone un incremento exponencial de las situaciones «mixtas», cuya adscripción al mundo del acto administrativo o del contrato es tan difícil como necesaria, aunque sólo sea porque el acto administrativo se impone en virtud del *imperium* de la Administración y sobre la base de la mera notificación a los afectados, mientras que el contrato apoya sus efectos en el consentimiento de esos interesados.

El caso resuelto en esta sentencia se refiere a un convenio sobre el justiprecio expropiatorio que el Alto Tribunal convierte automáticamente en un contrato de compraventa, tras invocar la flexibilidad que ha de concurrir en la interpretación de la normativa expropiatoria y entender que la iniciación del expediente implica la posibilidad de que las partes puedan pactar libremente la venta de los bienes afectados, aunque los mismos sean inalienables de acuerdo con la legislación que les resulte aplicable, llegando a concluir que «la venta de la Junta Vecinal... ha de ser reputada válida y efi-

caz», y admitiendo implícitamente que la prueba de esa «compraventa» puede consistir en la testifical practicada por el Tribunal de Primera Instancia.

Sin embargo no parece que el acuerdo sobre el justiprecio, producido en el seno de una actuación expropiatoria, pueda ir más allá de simplificar la fijación de ese justiprecio, evitando el procedimiento establecido para ello en ausencia de acuerdo pero sin convertir la expropiación en compraventa; entre otras cosas porque el acuerdo no se extiende a vender o no vender (ya que la venta sigue siendo forzosa), el precio no se fija libremente entre comprador y vendedor (ya que a falta de acuerdo ese precio se decidirá por criterios objetivos), y los intereses tutelados no son disponibles por las partes (ya que el destino de la cosa sigue influido por la *causa expropriandi* de interés general).

Obviamente la titularidad de la compañía es la base de la alegada por la actora, de acuerdo con el principio general *nemo dat quod non habet*, pero no parece tan claro que dicha propiedad fuera adquirida por una imposible compraventa, sino en todo caso por expropiación forzosa. Una vez acreditada la consumación del procedimiento expropiatorio, la presunción de validez de los actos administrativos, proclamada por el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, podría utilizarse por los tribunales civiles para estimar acreditada la titularidad del causante del actor; sólo quedaría el problema sobre si un acto administrativo puede acreditarse mediante prueba testifical (tratándose, en el caso que nos ocupa, del acuerdo sobre el justiprecio, su efectivo pago, y la toma de posesión de las fincas por el beneficiario de la expropiación), o si sería precisa la certificación administrativa de tales actuaciones, dado el formalismo que inspira toda la actuación administrativa en garantía de los derechos de los administrados. Superado este difícil escollo, y acreditada la consumación de la actividad expropiatoria (quizá sobre la base de que el recurso no se extendió a la ausencia de esas actuaciones), el fallo de la sentencia podría haber sido idéntico, en cuanto declarase la propiedad del demandante a partir de la previa titularidad de su causante y de la validez de la permuta perfeccionada en contrato privado, pero sin contradecir el eventual ejercicio del derecho de reversión por el expropiado (si no se instalara el servicio que motivó la expropiación, como parece que sucedió en el caso objeto de la sentencia comentada), o sin admitir que la simple fijación voluntaria del justiprecio permita alegar ante la Jurisdicción ordinaria todas las causas de ineficacia del negocio traslativo procedentes del Derecho privado, y que por tanto no consideran el interés general subyacente a toda actuación expropiatoria (como la nulidad por vicio del consentimiento, resolución, rescisión y un larguísimo etcétera, derivado de transformar la expropiación en compraventa civil). Naturalmente, y si tales cuestiones se plantearan, el Tribunal Supremo afirmararía su falta de competencia (en caso del derecho de reversión), o bien matizaría que no estamos ante un contrato de compraventa puro, sino ante una figura «mixta» o «compleja», a mitad de camino entre la expropiación y la compraventa, ya que este es el

precio que hemos de pagar, en moneda de seguridad jurídica, por un exceso de especialización en el ámbito indivisible del derecho y por unas resoluciones judiciales que, cada vez en mayor medida, se van alejando de la dogmática jurídica para poner su atención en los intereses de quienes intervienen como parte en el litigio concreto. En el caso, el demandante tendrá ya abierta la puerta del Registro de la Propiedad, al cual sin duda no pudo acceder ante la indefinición en que quedó la actuación expropiatoria «de resultado cortado», y en virtud de la cual su causante adquirió unas fincas integrantes de un Monte Vecinal en mano común para la instalación de un embalse que, al parecer, nunca llegó a construirse efectivamente (L. M. L. F.)

31. No existe derecho de retracto cuando el arrendamiento de industria de hotel que le serviría de base ya se había extinguido con anterioridad a la venta del establecimiento hotelero.—Todos los motivos que se refieren a la nulidad (*rectius*, inexistencia) por simulación absoluta del contrato de compraventa por el que los propietarios vendieron a la demandante Kesa Hotel B.V. el hotel Don Rolf deben ser desestimados, en primer lugar, porque el derecho de tanteo que se alega y que estaba previsto en los contratos de arrendamiento cuya cláusula se ha transcrito se refieren al arrendamiento y a la arrendataria y cuando se celebró la compraventa ya había aquél terminado por el transcurso del plazo previsto y tras el requerimiento de extinción, así que el tanteo de la arrendataria no existía pues ya no era tal; en segundo lugar, porque no puede hacerse en sentencia dictada en juicio declarativo de menor cuantía una declaración de nulidad de un contrato que corresponde al de mayor cuantía; en tercer lugar, porque en ningún caso puede declararse la nulidad de un contrato en que uno de los contratantes —los vendedores— no es parte en el proceso. (STS de 27 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandante, compradora de un hotel, demandó a otra entidad en reclamación de una indemnización por el lucro cesante, por ocupación del hotel arrendado desde la fecha de expiración del plazo del contrato hasta la fecha del lanzamiento judicial derivado del juicio de desahucio. Alegaba la demandada que la venta del hotel efectuada por la arrendadora a la demandante era nula por simulación absoluta. El Juez de Primera Instancia estimó esencialmente la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

32. El arrendatario deja de ser cultivador personal en un arrendamiento histórico cuando es sustituido plenamente por su hijo.—No se considera cultivador personal a aquel arrendatario que no realiza actividad de cultivo de las tierras (SS de 27 de enero de 1993 y 26 de febrero de 1994) y, como aquí ocurre, al haber sido sustituido de forma plena por su hijo, por lo que permanece al margen de la explotación, no responsabilizándose de la misma.

La invalidez absoluta no impi de modo automático que el cultivador sea personal.—Efectivamente las situaciones de invalidez absoluta no determinan que de modo automático haya de declararse que se trata de cultivador no personal, pues cuando concurre dicha circunstancia debe la parte demandante probar de modo convincente que la invalidez absoluta que afecta al arrendatario no le imposibilita para llevar personal y directamente la dirección de la explotación, como excepción a la regla general de la invalidez (S de 28 de abril de 1994).

Distinción entre ser auxiliado y ser sustituido en el cultivo.—Son supuestos distintos el de ser auxiliado y el de ser sustituido y al no haberse acreditado, conforme a lo que se deja estudiado, que el cultivo de las tierras sea debido a la actividad del actor, falta el presupuesto de asistirle la condición de efectivo cultivador personal necesario, por lo que la acción ejercitada de acceso a la propiedad (DT 1.ª, regla 3, de la Ley de Arrendamientos Rústicos) no procede y el motivo ha de ser desestimado. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante y recurrente, persona de avanzada edad, solicitó que el juez declarase su derecho de acceso a la propiedad de las fincas objeto del pleito, por tratarse de un arrendamiento histórico y cumplir el requisito de cultivo personal de las fincas por un plazo mínimo de seis años. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, decisión que fue mantenida por el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

33. Arrendamiento rústico histórico. Acceso a la propiedad. Finca cuyo valor no supera el doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo.—Aunque en ese informe pericial se afirma que, por esa situación limítrofe a las zonas de influencia que describe, no puede valorarse como suelo rústico, sin mayor concreción de ese superior valor, no se cumple con el parámetro que establece el artículo 7.1.3.ª de la Ley 83/1980, es decir, que el valor en venta sea superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo.

El ejercicio del derecho de acceso a la propiedad no es de mala fe ni constituye abuso del derecho.—La argumentación no es sino reproducción de parte del motivo primero que, por lo dicho en el anterior fundamento de esta resolución, ha de rechazarse al no existir prueba alguna de que esas circunstancias vayan a alterar la condición de rústica de la finca; no puede admitirse que exista un ejercicio del derecho de acceso a la propiedad por el arrendatario contrario a la buena fe o que tal ejercicio constituya abuso del derecho, al haberlo ejercitado dentro del plazo legal para ello. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercitó una acción solicitando que se declarase su derecho de acceso a la propiedad de la finca que tenía arrendada por tratarse de un arrendamiento rústico histórico y cumplirse todos los requisitos exigidos por la ley. El demandado opuso que la finca objeto del litigio ya no tenía carácter rústico y que su valoración excedía de la que permite la normativa aplicable

para que pueda producirse el acceso a la propiedad. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón al demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

34. Responsabilidad profesional del abogado: naturaleza contractual: inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina: fundamentación defectuosa.—En el auto de inadmisión se declara que el recurrente no ha cumplido, en forma alguna, el esencial requisito de recoger y expresar la relación precisa y circunstanciada de la contradicción jurisprudencial alegada, pues se limitó a enumerar una serie de sentencias (así STS, Sala de lo Social de 12 de febrero de 1972, SSTSJ del País Vasco de 23 de enero de 1991, y 10 de marzo de 1992, y STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 1992), estructurando el recurso en un único motivo, relativo al planteamiento de considerar que su relación era de carácter laboral y no mercantil, pero sin que haya llevado a cabo un examen comparativo de los hechos, fundamentos y pretensiones de todas y cada una de esas sentencias y de la recurrida, lo que condujo al rechazo *a limine* del recurso interpuesto. Se aprecia culpa contractual en el letrado demandado, infringiéndose los artículos. 1101, 1103 y 1104 CC, y la jurisprudencia que interpreta los mismos a estos efectos.

Cuantía de la indemnización procedente.—No puede fijarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso, sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia, y que la Sala valora prudencialmente en doce mil euros. (STS de 11 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia va consolidando una línea jurisprudencial de los últimos años ampliamente estudiada en la monografía de M.^a Carmen Crespo Mora *La responsabilidad del Abogado en el derecho civil* (Cizur Menor, 2005) pp. 388 ss y 401 ss, y que origina frecuentes decisiones del Tribunal Supremo (últimamente STS de 14 de julio de 2005, extractada en este ADC; curiosamente en ambos casos coincide el sujeto pasivo de la acción ejercitada, si bien varía el resultado final de la demanda de responsabilidad, sin éxito en el último caso y estimatorio en la sentencia ahora extractada). La solución ahora adoptada parece razonable y equitativa frente a desmesuradas reclamaciones del cliente decepcionado (los cincuenta millones solicitados se reducen a dos en la sentencia extractada). En el FD 4.º se utiliza un argumento *ad hominem* carente, a mi juicio, al menos de *elegantia iuris*, pues se resalta que el abogado demandado es co-autor de una obra científica sobre Derecho procesal laboral en el que se exige al recurso de unificación de doctrina en materia laboral, los mismos requisitos que la Sala de lo Social ha utilizado ahora para inadmitir su recurso; en cambio, de mayor peso es la circunstancia de que dicho letrado facturó a su cliente una minuta de 795.000 pesetas por estudio e interposición del recurso inadmitido. (G. G. C.)

35. Culpa médica: cirugía estética: medicina satisfactiva: secuelas derivadas de tratamiento por láser: responsabilidad por incumplimiento del deber de informar: doctrina general.—El deber de información en la medicina satisfactiva —en el caso, cirugía estética—, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, con los caracteres de información objetiva, veraz, completa y asequible, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos preVISIBLES es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.

Intervención dermo-abrasador por láser quirúrgico CO2 para eliminar pequeñas cicatrices provenientes de depilación eléctrica: graves secuelas con cicatrices queloideas y neurosis de angustia.—Existe una infracción del deber de información al producirse graves secuelas consistentes en cicatrices queloideas —poros abiertos— que originan tumores formados por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que le había sucedido en su quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal. Se trata de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso, para asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.

Cuantía de la indemnización.—Se condena a la suma solicitada por la actora de diez millones pesetas para cuya ponderación se toman en cuenta como factores determinantes la entidad de la secuela producida, con su trascendencia tanto física como psíquica —neurosis de angustia—, condición de la paciente, edad y sobre todo la parte del cuerpo especialmente visible —rostro— en que se produjo el queloide, y la naturaleza de la deuda de valor de la indemnización, cuyo importe se declara actualizado a este momento procesal, lo que supone la exclusión de intereses procesales, y de cualquier otra índole hasta la fecha. (STS de 21 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Aunque se trata de un supuesto de cirugía estética, se excluye expresamente que la obligación asumida por el médico fuera de resultado; asimismo, todas las instancias judiciales son concordes en que la actuación del demandado en la aplicación del láser fue conforme con la *lex artis*. No obstante lo cual el Tribunal Supremo estima el recurso (Pte.: Seijas Quintana) por infracción del deber de información. Es notable el esfuerzo de clarificación que se realiza en los FD 3.º y 4.º; en el primero se afirma con rotun-

didad que *no cabe cargar en la actuación del agente las circunstancias que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del paciente y no hay posibilidad normal de conocer con anterioridad a la intervención*, de modo que se produce ausencia de causalidad jurídica y culpabilidad; sin embargo en el segundo la sentencia extractada profundiza en el deber de información que recaía sobre el médico, aportando una razón para ser más rigurosos en su exigibilidad (la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención), y en el caso se da una predisposición de la paciente a la aparición de queloides que, en realidad, ha producido en la paciente graves secuelas; y como sobre este punto no se informó a la paciente se declara la responsabilidad del médico. No debe olvidarse, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, en conformidad con lo pedido, que la sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia dieciocho años después de la intervención quirúrgica. *¿Se habrá curado la neurosis de angustia al cabo de ese tiempo? (G. G. C.)*

36. Lesiones por atentado terrorista sufrido por viajero que contrata con agencia turística: culpas compartidas: responsabilidad contractual y extracontractual.—La culpa que se atribuye al cliente no deriva del incumplimiento de una obligación contractual, pues la única que asumió y cumplió fue la de pagar el precio del viaje; por tanto respecto a él sólo cabe hablar de culpa extracontractual, siendo inaplicable al viajero las normas contenidas en la regulación de la culpa contractual. La aceptación por éste de la realización del viaje en autobús por la zona en que se produjo el ataque terrorista, sabiendo la conflictividad que existía en ella, públicamente conocida, impide calificar de ilógico o arbitrario el juicio de valor que hace la Sala de instancia sobre la contribución causal de la conducta del demandante a la producción del daño así como la entidad de su conducta en relación con la imputada a las empresas turísticas codemandadas; es correcta asimismo la calificación como negligente de la conducta de aquél, quien no obstante conocer esa situación de inestabilidad en la zona, asume realizar el viaje en autobús y el riesgo, efectivamente materializado, que ello implicaba.

Protección de consumidores: artículo. 25 LGDCU.—La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, igual que la del Juzgado de Primera Instancia, reconoce la condición de consumidor de los servicios turísticos prestados por las empresas demandadas, así como el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la defectuosa prestación del servicio contratado. Si bien el artículo 23 LGDCU de 1984 tiene un carácter netamente administrativo, en cambio el artículo 25 lo tiene indudablemente civil pues reconoce el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por la utilización de servicios, salvo que estén causados por su culpa exclusiva o por las personas de que deba responder civilmente, lo que implica establecer un principio de inversión de la carga de la prueba; en el presente caso no se ha realizado ésta y sí únicamente la concurrencia de culpas.

Caso fortuito.—Se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el

daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. El artículo 1105 CC exige que conste acreditada la imprevisibilidad que tiene la cualidad de hecho. En el presente caso, declarada en la instancia la previsibilidad de los acontecimientos acaecidos sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada a través del error de derecho en la apreciación de la prueba, no puede prosperar el recurso.

Culpa de la agencia.—En el momento de contratar no se trató la cuestión de la seguridad, y ambas partes contratantes sabían de la situación inestable del país, no con detalle, pero conociendo a través de los medios de comunicación que en el momento del viaje, agosto de 1994, Egipto llevaba más de dos años con actos intermitentes de violencia; tal conducta no puede menos de calificarse de negligente al no poner en conocimiento de sus clientes las circunstancias de seguridad existentes en la zona, información que, sin necesidad de suspender el viaje, hubiera evitado o podido evitar el desplazamiento en autobús durante el cual se produjo el ataque terrorista. (**STS de 11 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque la cuantía de la indemnización reclamada (8.400.000 ptas. solicitada en la demanda que el Juzgado de Primera Instancia concede sólo en el 15 por 100, la Audiencia Provincial eleva a la mitad y confirma el Tribunal Supremo) es modesta, la doctrina sentada (Pte.: señor González Poveda) tiene interés ante la desgraciada repetición de hechos similares a los aquí enjuiciados. Sustancialmente consisten en un viaje turístico a Egipto concertado en 1994, siendo objeto de ataque terrorista el autobús en que viajaba el cliente, resultando lesionado; la demanda se dirige contra cuatro entidades aunque, en definitiva sólo dos empresas, —a saber, la agencia que expidió el billete turístico y su mayorista—, resultan condenadas. Si bien en la base está un contrato turístico con los caracteres habituales, la condena se basa en el artículo 25 LGDCU de 1984, del que parece derivar una responsabilidad legal por daños y perjuicios que se añade a la contractual (art. 7.º). Pero ¿existe hoy algún país del mundo exento del riesgo de atentados terroristas? Claro que actualmente —escribo en enero de 2007— ninguna agencia se comprometería a viajar a Irak o Afganistán. Pero la situación no parece idéntica ni similar a la de Egipto durante 1994. Lo cierto es que, al formalizar el contrato, se omite de hecho toda referencia a las condiciones de seguridad del país, y por ello resulta convincente la declaración de responsabilidad de las agencias, cuestión en la que coinciden todas las instancias judiciales. En cambio, la culpa o negligencia del cliente lesionado aparece, a mi juicio, más difuminada, indeterminada e indeterminable; en la sentencia extractada se valora una conducta omisiva por su parte; sin duda, otra valoración merecería si aquél hubiera hecho alguna manifestación expresa de conocer la situación de riesgo en el país, asumiéndola, o si el cliente hubiera «forzado» de alguna manera, a la agencia turística a suscribir un compromiso que, en principio, aquélla hubiera rechazado (hipótesis poco verosímil: salvo que se tratara de un experto internacional a quien se le ha encomendado realizar una difícil misión, o si participa en trabajos arqueológicos o técnicos de gran trascendencia). Me parece, sin embargo, excesivo dar por conocido, como notorio, que el viajar por determinado lugar de Egipto era peligroso

en el momento de formalizar el contrato, de modo que el cliente *sabía o debía saber* que la zona era inestable, y que era desaconsejable viajar en autobús. Si lo enfocamos contractualmente, el dato formaría parte del deber de información general que recae sobre la empresa que oferta viajes turísticos. Ahora bien, no parece, en principio, que similar deber recaiga sobre el cliente quien sólo excepcionalmente será un experto conocedor de los concretos avatares de la política interna del país al que se propone viajar. Al tratarse de un caso que afecta a un sector económico de alcance, no sólo nacional sino internacional, ¿se habrá buscado una *solución de equidad*? Parece claro que la sentencia estimulará a las agencias de viajes para que, en el futuro, se protejan eficazmente contra ese riesgo, aunque también los clientes deberán ser más precavidos, a la hora de contratar viajes turísticos a países de alguna manera *dudosos*, no obstante contar con la tutela que la Ley de 1984 dispensa a los consumidores de servicios. (G. G. C.)

37. Vicios ruínógenos en el contrato de obra: requisitos para que prospere la reclamación de una indemnización pecuniaria en lugar de la reparación de los defectos.—El derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere: *a*) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; *b*) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (art. 1101 CC)» (SS de 3 de julio de 1989 y 12 de diciembre de 1990), y *c*) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales.

El propietario puede efectuar por su cuenta las obras necesarias, sin tener que esperar a que finalice el litigio.—Estas condiciones se han cumplido en la presente reclamación, a lo que se añade que algunos de los propietarios afectados han realizado a su costa la reparación de los deterioros que afectaban a sus viviendas, debido al tiempo transcurrido sin respuesta por parte de la constructora, porque nadie puede ser obligado a vivir constantemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción que produce una defectuosa ejecución del contrato de obra, razón que amplía las que hasta ahora se vienen considerando. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la constructora del mismo reclamando una cantidad en concepto de indemnización por los defectos constructivos que presentaba en diversas partes. Opuso la demandada que estaba mal formulada la demanda, puesto que tendría que haberse pedido que se reparase el edificio y no una indemnización pecuniaria. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso formulado por la demandada. (M. C. B.)

38. Contrato de obra. Aunque la regla general es la reclamación de la reparación de los vicios, ha de admitirse su sustitución por una indemnización cuando se cumplan determinados requisitos.—Si bien el derecho a pedir una indemnización *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar, hay que entender que ésta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC, requiriéndose para ello de determinadas actuaciones o situaciones, como son el requerimiento previo de realización al deudor, que éste lo incumpla voluntariamente, y «que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales». Este supuesto se da en el presente caso, no sólo porque el primer requerimiento es ya de hace más de diez años (15 de diciembre de 1995), lo que demuestra ya la dificultad de que las partes acepten esa ejecución *in natura*, y por la existencia también, en el presente caso (que podría prolongarse, en ejecución, con el incidente de los arts. 928 ss. LEC), de un interés actual y exigible de liquidación de las respectivas deudas por ambas partes.

Las reclamaciones por vicios ruinosos y por incumplimiento contractual deben ser tratadas por separado.—Debe ser acogido este tema, por infracción del referido precepto, ya que el mismo no puede ser aplicado, como se ha hecho, al segundo supuesto, ya que en la referida demanda conjunta, con la que se inician las actuaciones, se delimitan claramente los dos conceptos o reclamaciones, atribuyéndose en ella la ruina, con aplicación del artículo 1591 CC, sólo al primer supuesto, y la incorrecta entrega de la cosa (incumplimiento contractual) al segundo, encajándolo en el artículo 1469 CC, por lo que se da, en tal escrito rector de la parte, una autorizada acumulación de acciones, las que deben ser tratadas por separado, por las normas respectivas que las regulan, ya que así está planteado el debate, incurriendo el Juzgador de instancia, al forzarlo en su unificación, en un incorrecto tratamiento, que vulnera los principios de la «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE), al transgredir el de «seguridad jurídica» implícito en él, y el de «congruencia» y «contradicción» denunciados.

Prescripción de la acción para reclamar por no haber realizado determinados elementos constructivos.—Sí debe ser, aparte, acogido también el motivo 3.º, por no haber aplicado la sentencia la prescripción de seis meses del artículo 1472 CC, constantemente pedida por la hoy recurrente, ya que tal prescripción efectivamente se ha dado, por el tiempo pasado desde la ocupación de las viviendas, en 1991, en más de 4 años, hasta el primer requerimiento, de 1995. (STS de 27 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Los dos demandantes compradores formularon demanda de reclamación de cantidad contra la promotora vendedora de unas viviendas. Reclamaban dos conceptos diversos: responsabilidad por vicios ruinosos en la construcción y por no haber realizado determinados elementos constructivos. Como la promotora demandada, a su vez, había reclamado las cantidades que los dos compradores le adeudaban, se acordó la acumulación de los tres procedimientos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las tres demandas y condenó a los compradores a pagar a la vendedora determinada cantidad, habiendo restado del precio no satisfecho los conceptos reclamados por los compradores. Asimismo,

mo, condenó a la vendedora a otorgar las correspondientes escrituras públicas de compraventa. La vendedora interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso estimando que habían prescrito las acciones para reclamar por la no realización de determinados elementos constructivos, por lo que no podían descontarse de las cantidades adeudadas a la vendedora recurrente. (M. C. B.)

39. Desistimiento unilateral en el contrato de obra. Indemnización a favor del contratista ex artículo 1594 CC: no cabe una moderación basada en los motivos del desistimiento o la conducta del comitente.—La S de esta Sala de 4 de febrero de 2002 cita la de 24 de enero de 1970 que ya establecía que «el derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 1594 CC, no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir del contrato de obra concertado y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124 CC y doctrina legal que lo desenvuelve para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras diferentes y se someten a distinto tratamiento al quedar la facultad que el primero otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por ninguno de los contratantes», doctrina jurisprudencial recogida en SS de 5 de mayo de 1983, 19 de noviembre de 1984, 7 de octubre de 1986 y 20 de febrero de 1993 y que permanece inalterada. Las consecuencias indemnizatorias de la decisión del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra se establecen en el artículo 1594 CC, comprendiendo esa indemnización al contratista en todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la realización de la obra, sin que para su cuantificación puedan tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, susceptibles de ser invocadas al amparo del artículo 1124 CC, o relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir de la prosecución de la obra. La reducción de la indemnización que realiza la Sala de instancia en atención a las circunstancias que dice, infringe el artículo 1594 CC de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del mismo expuesta y, en consecuencia procede la estimación del motivo. (STS de 29 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don X. D. y doña M. D. interpusieron demanda judicial en la que reclamaron, entre otros pedimentos, la resolución de un contrato en cuya virtud habían encargado la ejecución de una obra —la sentencia no especifica— a la promotora-constructora *Promociones Villascasa, S. L.* Ésta reclamó a los demandantes indemnización por un importe de 84.861,84 francos suizos (52.478,56 euros) por el daño sufrido por vía de reconvención. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia dictó sentencia el día 13 de febrero de 1995 en que desestimó ambas demandas. Recurrida la sentencia por los comitentes y la contratista, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia el 17 de diciembre de 1998, en la que estimó parcialmente los recursos y, tras declarar extinguido el contrato por desistimiento de don X. D. y doña M. D., condenó a la

contratista a abonar a los comitentes la cantidad de 39.116,16 francos suizos (24.181,61 euros). Además, la misma sentencia declaró el derecho de *Promociones Villascasa, S. L.*, a ser indemnizada por un importe equivalente a la mitad del porcentaje que suele establecer la jurisprudencia cuando las partes no acuerdan nada en el contrato, esto es, la suma de 37.500 francos suizos (23.182,50 euros) o, lo que es lo mismo, el siete y medio por ciento del precio total convenido por la obra. La contratista recurrió en casación para impugnar la indemnización concedida y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

40. Validez de la fianza perfeccionada antes de la venta fuente de la deuda afianzada.—El artículo 1825 CC, como antes el 1736 del Proyecto de 1851 (de contenido sustancialmente igual) y las Partidas y, posteriormente los artículos 1938 CC italiano 1942 (que exige la *previsione... dell'importo massimo garantito*) y 628.2 CC portugués de 1966, admite la posibilidad de que las partes de un contrato que va a originar una deuda exijan una fianza que esté ya perfeccionada en el momento de celebrarlo. El precepto tolera expresamente, no sólo que un tercero garantice el cumplimiento de una obligación existente pero ilíquida, sino también el de una obligación no nacida todavía cuando el afianzamiento se constituye, con tal que quede en ese acto consentinada o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre el fiador y quien con él hubiera contratado (al respecto, SS de 27 de septiembre de 1993 y 23 de febrero de 2000); por más que ello implique referir la accesoriadad no al momento de celebración del contrato de fianza, sino a aquel en que el acreedor pretenda exigir al fiador el cumplimiento de su prestación. Por lo expuesto, el hecho de que la fianza se perfeccionara un día antes de hacerlo la venta fuente de la deuda afianzada (y, en contemplación de ella) no priva, por sí solo, de validez a la garantía ni, al fin, de exigibilidad al crédito de la demandante contra la fiadora, que no ha denunciado desvío alguno en el posterior contrato principal que pueda repercutir en su prestación, determinada por remisión a la debida por la compradora de ganado. Realmente, el afianzamiento de deudas futuras no es incompatible con la posibilidad de que las mismas venzan después de cumplido un plazo establecido por el fiador. Todo dependerá de las funciones que cumpla ese plazo. Lo primero lo admite, en los términos indicados antes, el artículo 1825 CC. Lo segundo depen de la interpretación de la voluntad de las partes que celebren el contrato de fianza, en ejercicio de la potestad normativa creadora que les reconoce el artículo 1255 CC. (**STS de 13 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Agropecuaria Navarra, Sociedad Cooperativa* se comprometió a suministrar a *Fricuenca, S. A.* mil ochocientas reses mensuales durante un año en virtud de contrato celebrado en fecha 6 de marzo de 1997. Asimismo, el día anterior a la celebración de este contrato, *Fricuenca, S. A.* celebró un contrato de fianza con la *Caja de Ahorros de Castilla La Mancha* en virtud del cual ésta garantizaba la deuda de *Fricuenca, S. A.* a favor de *Agropecuaria Navarra* por la compra de ganado. La parte compradora no pagó el precio del ganado suministrado. Por ello, *Agropecuaria Navarra* interpuso demanda contra la *Caja de Ahorros* en reclamación del

pago de la suma a que alcanzaba la fianza. La fiadora se negó al pago alegando que la fianza no era válida, puesto que se había perfeccionado un día antes de hacerlo el contrato que originó la obligación afianzada. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cuenca estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Cuenca confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

41. Calificación de los contratos.—No se ha de estar únicamente a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza de la relación creada, sean conformes con la buena fe, los usos y la ley, lo que, en el presente caso, significa que se ha de entender el convenio establecido entre las partes, que los interesados llamaron «cuentas de participación», como una sociedad, pues la modularon de tal manera que habría de ser calificado como una sociedad. «La relación convenida fue la de *sociedad*, y buena prueba de ello es que se formó un fondo común con aportaciones de los interesados y se previó la distribución de los resultados positivos o negativos, es decir, se *pusieron en común bienes, dinero o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias*, tal y como establece el artículo 1665 CC al delinear el tipo básico y general del contrato de sociedad».

Supuesto de novación modificativa.—«La administración del negocio se confirió al demandado mediante un pacto verbal, que constituye una novación modificativa, y que fue unánimemente acordado por los socios, y así ha sido admitido por el propio actor hoy recurrente en la misma demanda, aparte de ser lo coherente con la solicitud de rendición de cuentas, que se realiza con referencia al momento en que se efectuó tal designación». (STS de 15 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor R. A., era copropietario del tercio de un local comercial en el que explotaba un restaurante, con su otro socio, el demandado J. B., que tenía una participación de dos tercios. La relación arrancó de un contrato denominado de «cuentas de participación», suscrito entre ambas partes, en el cual se especificaba que el ejercicio de la actividad del negocio estaría a cargo del actor. Más tarde, la llevanza del negocio se atribuyó al demandado, a su solicitud y por acuerdo verbal. El negocio entró en mala situación económica, habiendo sufrido un incendio y generándose reclamaciones por impago a la Seguridad Social, que en alguna ocasión repercutieron al actor, hecho por el cual las partes entraron en conflicto, y el actor formuló requerimientos para que el demandado rindiera cuentas y se abstuviera de administrar y gestionar el restaurante. La sentencia de primera instancia calificó el contrato como una sociedad mercantil irregular y estimó la demanda en todos sus pedimentos, confirmando al actor la administración del negocio. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial aunque ratificó la calificación del contrato como sociedad mercantil irregular, declaró haber lugar al recurso interpuesto por el demandado en cuanto a los pronunciamientos sobre gestión y administración del negocio, que entendió, le correspondían por razón de la novación acordada entre ambos socios de forma verbal, y además

por cuanto la función de administrador venía avalada, en el caso, por la mayoría social que el demandado ostentaba. La Audiencia entendió que la mala situación del negocio no permitía concluir que obedeciera al incumplimiento de las obligaciones por el demandado, por lo que no habiéndose solicitado la disolución de la sociedad, no procedía imponer el cese del demandado. El recurso de casación interpuesto por el actor es finalmente desestimado. (E. C. V.)

42. Contrato de arbitraje. Expresión de la voluntad de las partes de someterse a la decisión arbitral.—El artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje expresa dicha obligación del siguiente modo: «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas [...] a la decisión de uno o más árbitros [...]». Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia (SSTS de 1 de junio de 1999 y 13 de julio de 2000) en el sentido de identificarlo con el consentimiento contractual, «sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje». Así pues, la «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que deba constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento. Esta interpretación es la más ajustada al espíritu de la mencionada ley, que buscaba la simplificación de formas y la facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada.

Renuncia al arbitraje. Artículo 11 de la Ley de arbitraje.—La proposición de excepción de arbitraje junto a un incidente de cuantía planteado con carácter subsidiario y simplemente *ad cautelam* no supone la renuncia al arbitraje.

La Sala Primera ha superado la jurisprudencia anterior que mantenía una línea contraria, admitiendo así en el juicio de menor cuantía sin reserva y de forma clara la posibilidad de deducir la excepción de sumisión a arbitraje en el escrito de contestación a la demanda y seguidamente y *ad cautelam* contestar a la cuestión de fondo por si aquella no fuese apreciada (SSTS de 7 y 12 de julio de 2005), sin que dicho proceder procesal implique renunciar a aquella ni someterse a la jurisdicción ordinaria. La tesis contraria, tal y como afirma la STS de 18 de marzo de 2002, atentaría a la tutela judicial efectiva y produciría indefensión a la parte demandada. (STS de 13 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio tiene su origen en un convenio arbitral, contenido en un contrato de opción, del siguiente tenor literal: «Para cualquier discrepancia que pudiera surgir en el otorgamiento del presente contrato, las partes intervinientes, con renuncia al fuero que pudiera corresponderles, se someten a arbitraje de derecho de la Corte de Arbitraje de Valencia».

NOTA.—La presente sentencia resuelve el caso conforme a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (DD Única).

Los preceptos utilizados por el Tribunal Supremo, artículos 5.1 y 11 de la ley derogada, se corresponden con los artículos 9.1 y 11 de la ley vigente, respectivamente. Las diferencias más significati-

vas, a efectos del presente caso, son: por un lado, que el artículo 9.1 de la ley vigente ha suprimido el adjetivo «inequívoca» que el artículo 5 de la ley derogada acompañaba al sustantivo «voluntad» (de las partes de someterse a arbitraje); por otro lado, mientras que el artículo 11 de la ley derogada establecía que la parte interesada en el arbitraje debía hacerlo valer invocando «la oportuna excepción», el precepto vigente establece que dicha invocación deberá hacerse mediante declinatoria. (B. F. G.)

43. Renuncia al arbitraje.—Conforme a la jurisprudencia más reciente, no existe sumisión tácita a los tribunales aun contestando y reconviniendo si en el mismo escrito se plantea previamente la excepción y se articulan *ad cautelam* las otras peticiones de fondo, pues no aceptar esto sería mermar los derechos de la parte, concertados con la contraria, causándole indefensión y privándole del derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 25 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La demandada opone la excepción de falta de jurisdicción por sometimiento de las partes a arbitraje y reconviene. El Juzgado acoge la excepción, mientras que la Audiencia la rechaza entrando a conocer la cuestión de fondo.

NOTA.—La presente sentencia resuelve el caso conforme a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje (DD Única).

El artículo 11.1 de la ley derogada, utilizado por el Tribunal Supremo para resolver el presente litigio, se corresponde con el artículo 11 de la ley vigente: mientras que aquél establecía que la parte interesada en el arbitraje debía hacerlo valer invocando «la oportuna excepción», el precepto vigente establece que dicha invocación deberá hacerse mediante declinatoria. (B. F. G.)

44. Responsabilidad extracontractual. Competencia de la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige contra un Ayuntamiento y otras personas físicas.—Como se trata de reclamación de una indemnización por daños a repercutir en el Ayuntamiento, por causa de las graves deficiencias de los servicios, control y vigilancia de almacenes conteniendo materias peligrosas traducidos en infracciones reglamentarias y de los medios exigidos para el cuidado y vigilancia del almacenamiento de dicho material pirotécnico, reclamación que se hace extensiva a otras personas físicas o jurídicas particulares, debe hacerse una declaración de atribución de la competencia para solventar la presente contienda judicial, a la jurisdicción del orden civil.

La responsabilidad del Ayuntamiento es por conducta omisiva, al no haber actuado con diligencia frente a una actividad peligrosa y notoria.—Ya en el plano de la subsunción jurídica, aquí surge una responsabilidad, derivada de una conducta —la del Ayuntamiento— omisiva puesto que no se ha actuado ajustadamente a una diligencia exigible ante una situación tan peligrosa como es el almacenamiento notorio de material pirotécnico dentro del núcleo urbano, la cual tiene como consecuencia la producción de un evento dañoso el cual ha sido debidamente cuantificado. Con ello se cumplen todos

los requisitos que exige la responsabilidad extracontractual regulada en el emblemático artículo 1902 CC. (STS de 14 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía aseguradora demandó a varias personas físicas y al Ayuntamiento de Terrassa, en reclamación de cantidad y en virtud de la subrogación por pago al asegurado a consecuencia de la explosión de un almacén de material pirotécnico. Más concretamente, se solicitaba la indemnización por responsabilidad extracontractual por omisión, puesto que los demandados conocían el peligro generado por el almacenamiento de los materiales y no hicieron nada para evitar los daños. Los demandados se opusieron y el Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo a una de las demandadas. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Terrassa, que consideraba que la cuestión debería haber sido enjuiciada por la jurisdicción contencioso-administrativa. (*M. C. B.*)

45. Culpa extracontractual: muerte por incendio: recurso de aseguradoras: falta de motivación de la sentencia.—La respuesta judicial guarda plena coherencia con lo pedido en la demanda, consecuencia del debate contradictorio, sin que pueda achacarse a la misma falta de motivación, ya que la Sala no atribuyó al incumplimiento de disposiciones oficiales la causalidad del accidente, sino a la conducta negligente del asegurado; carece de relevancia la cuestión sobre «límites de cobertura», pues la condena se ajusta a los mismos según resulta de los fundamentos de contestación a la demanda, siendo improcedente pedir una explicación de lo que implícitamente resulta del alcance de la condena.

Motivación de la sentencia.—La motivación de la sentencia en abstracto significa dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte (así, SSTC de 10 de julio y 18 de septiembre de 2000, y SSTS de 2 de noviembre de 2001; 1 de febrero y 8 de julio de 2002). Tal motivación concurre en este caso pues basta con expresar los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, habiéndose declarado por el Tribunal Constitucional que una motivación lacónica y por remisión puede cumplir la exigencia constitucional, siendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que las sentencias civiles no han de tener necesariamente un apartado específico de hechos probados, no siendo imprescindible tampoco la cita expresa de preceptos legales.

Muertes por incendio seguido de explosión por causa de claraboya cerrada: relación de causalidad.—Tanto aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones, seguida muchas veces por el Tribunal Supremo, como aplicando la teoría de la causalidad eficiente —que ha venido a sustituir en su aplicación a la anterior en la más moderna jurisprudencia—, llegaríamos a la conclusión de que la existencia de la claraboya fue causa de la producción de la explosión; en efecto, aplicando la primera vendríamos a decir que tanto el incendio como la claraboya actúan como causa-condición de la producción del resultado, y de tener en cuenta la segunda habrá que reconocer que el incendio es mera condición sin la cual no se hubiera producido el resultado,

pero no es, por sí mismo, causa del mismo, ya que la causa eficiente es la claraboya cerrada, pues en las plantas del edificio en las que también hubo incendio, pero no acumulación de gases, no se produjo el resultado de muerte. (STS de 27 de septiembre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: menor de cuatro años ahogado en alberca no cercada: concurrencia de culpas: responsabilidad del propietario que había arrendado la finca: imputación objetiva.—La Sala de instancia encuentra culposa la conducta omisiva del demandado, pues la alberca se encontraba construida a nivel del terreno, careciendo de todo tipo de vallas protectoras, no existiendo tampoco ninguna valla u otro elemento que circunde y delimite la finca en que se halla situada y que impida el acceso a la misma, la cual queda libre y descubierta en toda su extensión, y aunque reconoce que no existe obligación legal o reglamentaria de protección de la alberca, estima que el propietario está obligado a adoptar todas las precauciones necesarias en evitación de daños. Pero de este modo se acentúa hasta el extremo la diligencia en la previsión de daños y en las medidas o cautelas para evitarlo, más allá de lo que sería exigible en una persona prudente y diligente, sobre todo cuando hay una relación de causalidad difusa entre el comportamiento del presunto agente y el daño, ya se mire a la equivalencia de las condiciones o tratando de establecer la condición ajustada a las leyes de la experiencia jurídica. En este lamentabilísimo suceso, un niño de cuatro años que deambulaba por el campo sin vigilancia alguna, apareció ahogado en una alberca de riego parcialmente llena. La Sala de instancia construye una concurrencia de culpas con un tratamiento causal, como la coincidencia de dos comportamientos susceptibles de un juicio de reprobabilidad; pero esta conclusión está aquí obstaculizada por problemas de imputación objetiva; de una parte, por cuanto no parece darse en el caso una *causalidad adecuada* entre la omisión que se reprocha al demandado y el resultado dañoso; pero, sobre todo, por cuanto no cabría poner el daño a cargo del dueño de la finca en que se hallaba la alberca, puesto que lo impide el grado de comportamiento imprudente o negligente de la víctima, ya que en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía la víctima; estaríamos en una hipótesis cercana a la que se ha denominado en la doctrina *competencia de la víctima* (SSTS de 22 de septiembre de 1997, 13 de abril y 25 de septiembre de 1998, 8 de noviembre de 1999, 5 de julio de 2001, 24 de julio de 2002 etc.), dicho sea entendiendo como *víctima*, no al menor sólo, que ha sufrido el daño en su persona, sino a quienes están legitimados para reclamar la indemnización por ser partícipes del dolor, a cuyo *pretium* estamos refiriéndonos. (STS de 6 de septiembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Sr. Montés Penadés) que, de una parte, parece suponer un *freno* a la aplicación extensiva de la culpa extracontractual que parecía detectarse en la jurisprudencia de la Sala Primera, y, de otra, parece introducir nuevos parámetros en orden a la imputación causal de los hechos, muchas veces solapada con el requisito de la culpa. Los hechos descarnados de este hecho tan lamentable son que los padres de la víctima eran trabajadores eventuales de un cortijo vecino en que radicaba la alberca; el día de autos todos los familiares fueron a trabajar, y dejaron al niño en casa de unos vecinos en donde se alojaba una señora de edad y

su hijo mayor que recomendó al menor que no saliera solo, no obstante lo cual el menor se ausentó y apareció ahogado en la alberca del mencionado cortijo. El dueño de la alberca aparece como único demandado, lo que probablemente es un fallo de la dirección letrada; consta que había arrendado parcialmente su finca, si bien no quedan claras las obligaciones del arrendatario respecto de la alberca. Parece excesivo, en principio, exigir al propietario, que residía fuera, una previsibilidad total y absoluta sobre eventuales y posibles accidentes susceptibles de producirse en campo abierto. ¿Pero es justo exonerarle de cualquier negligencia, incluso mínima? Por otra parte el descuido de los padres de la víctima en cumplimiento de su deber de vigilancia, resulta evidente, aunque en su descargo cabe observar que nada consta de si trabajaban a destajo, forzados por una apurada situación económica familiar. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte de peón en obras de asfaltado: culpa exclusiva de la empresa.—Los hechos probados permiten sentar las siguientes apreciaciones: *a)* Ha habido una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza o al menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente; *b)* Hay causalidad física o material por cuanto el fallecimiento del operario se produjo como consecuencias de las lesiones producidas al ser arrollado por la máquina compactadora; *c)* Hay causalidad jurídica —atribuibilidad— pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de las máquinas y forma de desarrollarse el trabajo de las mismas y del operario accidentado, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño; y *d)* El juicio de reproche subjetivo recae sobre la empresa demandada, dueña o concesionaria de la obra, y para quien trabajan la máquina compactadora y el operario fallecido, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia de no ordenar las medidas de seguridad, bien en la máquina, o bien mediante la vigilancia de otro operario que avisase al conductor de aquella o al operario que hacía la labor de relleno de las oquedades o baches de la situación específica de peligró.

Se rechaza la culpa exclusiva de la víctima.—Es equivocada la conclusión de la sentencia de instancia de que el accidente se produjo por la culpa exclusiva del operario accidentado, no resultando acertada la apreciación de estimar suficientes las medidas de vigilancia y que las circunstancias no aconsejaban un tercer empleado: esta afirmación pertenece al ámbito de la *quaestio iuris*, de modo que las circunstancias tomadas en cuenta por el juzgador de instancia no permiten sostener la conclusión a que llega; la intervención del compañero de trabajo del accidentado —que gritó y trató de cogerle por el chaquetón— no aporta ningún elemento elocuente porque se dedicaba a otro trabajo; y el hecho de que el accidente transcurrió después de dos horas de iniciarse la jornada laboral, incidiendo en el rutinario ejercicio de tareas habituales permiten, más bien una valoración en contra del recurrente, porque cabe muy razonablemente entender que precisamente en la rutina, y cuando se lleva tiempo de trabajo y acecha el cansancio es cuando más se deben extremar las medidas de seguridad y vigilancia, especialmente cuando se opera con máquinas susceptibles de causar daños, y tanto más si lo hace marcha atrás y sin control de su piloto respecto de dicha zona.

Concurrencia de culpas: moderación de la indemnización.—Ha habido también una importante contribución al evento por descuido y falta de atención del trabajador accidentado, por lo cual se reduce la cuantía de veinticinco millones de pesetas a diez millones, distribuyéndose en cuatro millones para la viuda y seis entre los hijos a repartir por partes iguales. (STS de 28 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada ha sido muy cuidada en su redacción (Pte.: Corbal Fernández) que ofrece la siguiente descripción de los hechos probados en el FD 2.º: «El trabajo del operario señor M.A. se desarrollaba en el espacio de terreno que se iba produciendo entre dos máquinas en movimiento, una de ellas extendedora de conglomerado asfáltico y la otra un rodillo compactador, y consistía en ir recogiendo con una pala de mano conglomerado para ponerlo en las oquedades del firme a fin de ser compactadas seguidamente por el rodillo, quedando de tal manera allanada y lisa la superficie del asfaltado. El rodillo circulaba marcha atrás, sin control visual alguno de su conductor respecto de la zona de circulación que iba invadiendo, pues el mismo debía prestar toda su atención a que la máquina se deslizará correctamente por la línea lateral del arcén a fin de evitar el vuelco, no existiendo más mecanismo de visión que el acústico —un pitido—, y sin que ninguna persona controlara el desarrollo del trabajo de las máquinas, entre las que sólo había una distancia de tres o cuatro metros, con el consiguiente riesgo de que en un descuido pudiera ser arrollado el operario, como así sucedió».

La demanda interpuesta por la viuda en nombre propio y de sus hijos menores, en reclamación de veinticinco millones pesetas en contra de la empresa concesionaria de las obras, su aseguradora, el capataz y el conductor de la máquina que arrolló a la víctima, fue desestimada íntegramente en ambas instancias. El Tribunal Supremo estima sólo en parte el recurso, condenando a la empresa y a su aseguradora. Es plenamente de aprobar la argumentación utilizada para eliminar la responsabilidad *exclusiva* por parte de la víctima, pero lo es menos convincente la breve caracterización que se hace de la conducta de ésta como *importante descuido y falta de atención*, en esa penosa y desacertada actividad laboral que se ha descrito tan gráficamente y que, no se demuestra, haya sido planificada y organizada por la víctima, sino que debe presumirse impuesta por el capataz. Justicia tardía (al cabo de doce años después del accidente), pero ¿completa? (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: muerte del obrero en accidente laboral: defectos del recurso.—Aunque el principio de la unidad del ordenamiento permita la utilización de las normas vigentes, sea cual sea su naturaleza, para lograr una interpretación coherente del mismo, el recurso de casación se funda en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que sean aplicables para resolver el concreto litigio (art. 1692 LEC derogada), de manera que constituye doctrina jurisprudencial que los motivos del recurso debe fundamentarse en la infracción de normas civiles o mercantiles (SSTS de 18 de febrero de 1993 y 6 de marzo de 2003), por lo que tratándose de una deman-

da sobre responsabilidad extracontractual deben aplicarse los artículos 1902 y 1903 CC.

Responsabilidad del empresario subcontratista: dependencia: artículo 1903 CC.—La STS de 31 de diciembre de 2003 ha declarado que la Sala tiende a objetivar la responsabilidad civil del empresario, aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo, lo que no evita la exigencia de una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario (STS de 9 de julio de 2003). Es doctrina reiterada que para poder atribuir la obligación de responder por el hecho de los empleados, debe poder imputarse al contratista la responsabilidad en la producción del daño cuando existe una relación de dependencia, de modo que el subcontratista no era autónomo sino que el contratista se había reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados a aquél (SSTS de 20 de diciembre de 2006, 12 de marzo de 2001, 16 de mayo y 22 de julio de 2003, entre otras). En el presente caso se considera probado que en el contrato celebrado por el primer subcontratista con el segundo, constaba una cláusula en cuya virtud éstos asumían la responsabilidad en cuanto a la realización de las obras, y se preocuparían de las medidas de seguridad e higiene; por ello hay que excluir la responsabilidad de los primeros subcontratistas demandados al faltar claramente la relación de dependencia exigida en el artículo 1903 CC.

Responsabilidad del subcontratista por culpa *in eligendo*: subcontratación.—En los modernos tratamientos sobre responsabilidad por daños causados por actividades empresariales se tiende a considerar que el riesgo inherente a determinadas actividades debe ser asumido por quien recibe el provecho o la utilidad del contrato y más cuando para la realización de las actividades a que se haya comprometido, elige a un subcontratista sin controlar la capacidad y aptitud del mismo para llevar a cabo de forma adecuada y segura las actividades que se había comprometido a ejecutar en virtud del contrato. La contratación de otras empresas sirve para que el contratista pueda cumplir con la obligación asumida frente al dueño de la obra, y de ahí el concepto de subcontrato que ha expresado esta Sala en S de 27 de noviembre de 2003. En el presente caso la subcontratista-contratante debió obrar con la diligencia propia del empresario, y al optar por una empresa que ni tan sólo tenía asegurados a sus empleados, que dejó de observar las medidas de seguridad exigidas por tratarse de una obra de riesgo (reparación de cubierta de nave industrial), y que, además, era insolvente, incumplió su obligación *in eligendo*; de ahí que responda solidariamente con la comunidad de bienes que ejecutó las obras. Esta responsabilidad no se comunica al dueño de la obra que no tenía ninguna capacidad ni poder de decisión sobre forma de realización de la misma, ni al primer contratista al no existir relación de causalidad entre su actuación con el primer subcontratista y el daño ocasionado a los actores por muerte de su padre y esposo, habiendo declarado esta Sala que aquél ha de ser objeto de prueba rigurosa. (STS de 18 de julio de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Solución jurisprudencial plenamente de aprobar (Pte.: Encarnación Roca Trías) por salir al paso de un clamoroso fraude laboral en perjuicio de las víctimas de accidentes laborales. En la cadena de subcontrataciones aparece una *singular* empresa (en forma de comunidad de bienes) que realiza las obras y asume todas las responsabilidades de la ejecución ... pero que ni siquiera da de alta a sus operarios en la Seguridad Social y resulta insolvente;

inútil para los perjudicados resultará que aquélla acumule sentencias condenatorias penales y laborales sobre los mismos hechos. Al cabo de dieciseis años del hecho luctuoso la viuda y la hija van a recibir, cada una de ellas, la modesta indemnización de seis millones de las antiguas pesetas Justicia tardía ¿sigue siendo justicia? (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: paseo turístico a caballo: lesiones graves de clienta alemana por caída: actividad de riesgo.—Los hechos básicos consisten en el ejercicio del paseo a caballo del que derivó el accidente, alquilándose dos yeguas para ser montadas durante dicho paseo, ofrecidos a sus huéspedes como una de las actividades del complejo hotelero, una de aquéllas para ser montada por la actora que resultó accidentada, y la otra por una compañera suya, mostrando la primera un mayor conocimiento sobre la monta, del que carecía la última, lo que así se hizo saber, estando concertado el paseo con guía o monitor ocurriendo el accidente en un camino preparado para esta actividad al tropezar la yegua con alguna piedra o piedras, cayendo al suelo su montura, produciendo a la actora traumatismo cráneo-encefálico grave, con edema cerebral importante, precisando intervención urgente, sin que todavía haya sido dada de alta. La monta de caballos en recorrido constituye una actividad deportivo-festiva de cierta peligrosidad, por lo que el centro turístico que la ofrece impone animales suficientemente domesticados y preparados, siendo el recorrido por camino privado acotado y con la vigilancia de un guía. Está probado que la yegua que montaba la lesionada se adelantó, marchando sólo por propia voluntad, mientras que el guía cumplió con su deber de atender preferentemente a la persona que carecía de experiencia.

Falta de prueba.—No puede aceptarse, tras partir de los escasos hechos probados, el recurso a la objetivación de la culpa, pues en este caso no nos movemos en el ámbito del artículo 1905 CC, ya que el poseedor del animal responsable no lo sería el dueño que lo arrendó sino el que lo montaba, que es el que lo debe dirigir, por sí o compartiendo tal actuar con el guía. No debe olvidarse que entre las partes medió un contrato de arrendamiento de cosa y de servicios, aunque esta Sala viene a anudar a ambas clases de responsabilidades unas mismas pautas y exigencias, si bien cabría menos en la contractual, la responsabilidad objetiva o por riesgo, que en la extracontractual. Ahora bien, en ningún caso se autoriza o exige el carácter inicial objetivista total de la culpa exigible, por lo que en este caso no se aprecian motivos de responsabilidad civil para los demandados participantes en el evento, sin que quepa aplicar la teoría de la asunción del riesgo que se da en ciertas pruebas deportivas de excesivo riesgo, que no concurre aquí. (STS de 10 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en Palma de Mallorca en el verano de 1993 y la sentencia firme se dicta pasados doce años de sucedidos aquéllos, cuando se ignora, incluso, si ha curado la turista alemana lesionada (carece de representación procesal ante el Tribunal Supremo por jubilación del procurador), o, eventualmente, si pudiera haber fallecido (aunque no consta su edad). A la vista de este fallo, cabría interrogarse: ¿es verdaderamente una *jurisprudencia europea* la que está dictando la Sala Primera...? ¿no sería más bien,

un mal ejemplo para animar a los turistas extranjeros a no veranear en nuestro país? Por lo demás los hechos versan sobre una actividad facultativa que, junto a otras, se ofrece abundantemente en nuestros complejos hoteleros a los millones de turistas que cada verano visitan nuestro país. Pese a lo que dice la sentencia extractada, un recorrido a caballo, por itinerario acotado con guía, no parece actividad de riesgo, ya que si un único monitor se revela insuficiente, es obvio que el empresario debe proporcionar los necesarios (esta modalidad de responsabilidad no se incluye, por ej., entre las analizadas por Orti Vallejo, *Responsabilidad en la explotación y prácticas de actividades de riesgo*, en el *Tratado de responsabilidad civil* [coord. Reglero Campos], 2002, pp. 1357 ss.) Por lo demás se echa de menos la invocación y aplicación al caso de la Ley de 1984 pues se trataba sin duda de un contrato de servicio ofrecido a consumidores. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual del Notario autorizante: infracción del artículo 175 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.—La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al Notario demandado, en uno de los dos procesos acumulados, a indemnizar a la demandante en ambos, como acreedora del vendedor de un inmueble, en los daños causados a la misma por haber autorizado la escritura de compraventa sin cumplir previamente el deber de solicitar del Registro de la Propiedad, dando lugar con ello a que los compradores hubieran sido considerados terceros protegidos por la fe pública registral, en aplicación del artículo 34 LH, y les hubiera sido inoponible un embargo constituido sobre el inmueble vendido, antes de la venta y en garantía de la satisfacción del crédito de la actora. El RD 2537/1994, de 29 de diciembre, con la finalidad de evitar los fraudes de la contratación inmobiliaria y alcanzar la mayor seguridad jurídica en ese ámbito, potenció la colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad, para lo que dio nueva redacción al artículo 175 del RN de 1944, e incorporó al RH de 1947 el artículo 354.a. El artículo 175.1 RN dispone que el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax. El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral. La prueba de la relación causal entre la acción omitida por el Notario y el daño causado a la demandante se ha logrado en el proceso, dado que: *a*) la información registral debía haberla pedido el recurrente antes del otorgamiento de la escritura, acto éste que tendría que haberse realizado dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de aquella información; *b*) en ese espacio y tiempo en el que debería haber pedido el Notario la información registral, el asiento de presentación, con el contenido que establece el artículo 249 LH, no había caducado; y *c*) el Registrador de la Propiedad, de haber sido requerido, hubiera dado, bajo su responsabilidad, información no sólo de los datos del folio registral de la finca, sino también del contenido de los asientos de presentación concernientes a ella y practicados en el Libro Diario antes de la remisión, según el artículo 354.

a.2 RH. Es evidente que, de haber conocido esa información, los adquirentes no hubieran podido ser considerados terceros hipotecarios, al faltarles la buena fe, que, como recuerda la STS de 18 de febrero de 2005, consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral (elemento psicológico) y en no haber podido conocer la situación real desplegando la diligencia exigible en el caso (elemento ético). (STS de 26 de octubre de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

51. Culpa médica: omisión de la prueba de toxoplasmosis: *lex artis ad hoc*: falta de prueba.—La demanda se basa en las gravísimas secuelas que afectaron a la hija de los actores como consecuencia de la asistencia médica prestada durante el embarazo por el demandado, estando de acuerdo ambas partes en que aquéllas fueron consecuencia de la *toxoplasmosis* contraída durante dicho período y transmitida al feto; controversia que las sentencias de ambas instancias resuelven en sentido contrario a los demandantes al estimar acreditado que no era posible llegar a una conclusión razonable sobre si en el actuar profesional del demandado ha ocurrido algún tipo de culpa o negligencia, dado el hecho y sus consecuencias, los informes y premisas obrantes en autos y la falta de datos que evidencien de una forma objetiva la concurrencia del elemento culpabilístico, con especial mención del informe pericial emitido por un especialista en obstetricia y ginecología, que con rotundidad y contundencia dictaminó que la atención durante el embarazo se ajustó a la *lex artis* y su actuación fue correcta desde el punto de vista profesional. El recurso se basa en una errónea valoración de la prueba, sin citar ninguna norma legal que lo fundamente, y sin la revisión del elemento fáctico que toma en consideración la resolución recurrida no es posible concluir que el médico no respetó dicha ley para establecer en su vista un criterio de imputación, sea con base en el artículo 1902, o en el artículo 1104 CC.

Confesión del demandado: falta de práctica por culpa de la misma parte.—Se denuncia que no fue practicada la prueba de confesión judicial del médico demandado, pero ello lo fue por no hallarse en su domicilio, sin que ninguna falta de diligencia pudo achacarse a la Audiencia desde el momento en que se dejaron inactivos siete de los diez días concedidos para su práctica por causa exclusivamente imputable a la parte que ahora denuncia la infracción; no puede alegarse indefensión porque ésta tiene que ser material, real y efectiva, y no meramente formal, y nada se alega que hubiera resultado decisiva en orden a modificar el sentido del fallo, o, acaso, otro si la prueba se hubiera practicado. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Derecho de propiedad. Contenido.—El derecho de propiedad, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 348 CC, presenta como caracteres propios ser un derecho: *a)* unitario; *b)* general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (S de 2 de octubre de 1975); *c)* elástico, ya que, en caso de existir algún derecho real que la limite, la facultad que el mismo

comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (S de 27 de junio de 1991); *d*) exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo; y *e*) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (S de 20 de mayo de 1993).

Acción reivindicatoria. Efectos.—La acción reivindicatoria permite al propietario exigir del mero poseedor o detentador sin título, o con título que haya de decaer frente al del actor, la restitución de la cosa en condiciones tales que no comporten limitación alguna en el ejercicio del derecho de uso y goce característico de la propiedad, cuando tal limitación no está amparada en la Ley, como pueden serlo elementos e instalaciones que indebidamente se han colocado sobre ella. (STS de 24 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta acción reivindicatoria por don J. P. M. contra el Ayuntamiento de Bermeo, se solicita la declaración de propiedad y posesión en concepto de dueño, a favor del actor, de determinados locales y planta baja de un edificio, y la condena a la parte demandada a cesar en la ocupación y el uso de determinadas partes de dichos locales, a reintegrar al demandante la posesión de las mismas y a deshacer todas las obras y construcciones realizadas en ellas, reponiéndolas al estado anterior a la ocupación.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, y la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocando en su totalidad la sentencia apelada, ante el hecho constatado del cese, por ésta, en la posesión y ocupación de los terrenos en litigio, aunque no se hayan reintegrado en su estado originario por mantenerse las obras e instalaciones realizadas.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar, casando y anulando la sentencia recurrida. (R. D. R.)

53. Naturaleza y función de la tercería de dominio.—La tercería de dominio es una incidencia del juicio ejecutivo principal —no un proceso autónomo—, a instancia de tercero y frente al ejecutante y ejecutado, que persigue de modo exclusivo la liberación del derecho embargado en virtud de un título con idoneidad y entidad bastante para obtener el alzamiento total o parcial de la traba. Como consecuencia de tal naturaleza y función, no cabe acumular a la tercería, o pretender a través de la misma, pretensiones ajenas a su finalidad única y exclusiva; y así lo ha declarado la Sala Primera del Supremo en relación con la acción destinada a lograr la nulidad del procedimiento de embargo, o cuando se ha tratado de discutir en la tercería la naturaleza y caracteres del aval prestado por el ejecutado o de impugnar la existencia de una hipoteca sobre el inmueble controvertido.

El contrato privado de compraventa no transmite por sí solo el dominio.—Si bien es cierto que la fecha de un documento privado queda advenida por su presentación en una oficina pública, sin embargo, el contrato privado de compraventa carece de efecto traslativo del dominio si no media la tradición o entrega de la cosa, pues sólo genera un título obligacional de entrega, un *ius ad rem* que no resulta protegido por la tercería de dominio. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Compañía Española, J.N.K.* promueve ante el Juzgado de Primera Instancia procedimiento de embargo preventivo respecto de dos viviendas de la tercera planta de un edificio que están inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de don B. M. A. En el mismo Juzgado de Primera Instancia se incoa juicio ejecutivo en el que se ratifica dicho embargo preventivo y se despacha ejecución. Don J. M. T. N. y doña A. M. H. promueven demanda de tercería de dominio en cuanto a los bienes embargados en los autos de embargo preventivo y, con carácter previo, también formulan recurso de nulidad de actuaciones respecto de dicho procedimiento, por considerar que en el mismo se ha incurrido en diversas irregularidades en relación con la prestación de fianza y en relación con los terceros poseedores de buena fe. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara no haber lugar a alzar el embargo, ya que, por una parte, ni el contrato privado de compraventa de dichas viviendas de 4 de noviembre de 1991, entre el deudor ejecutado y los terceristas, ni su presentación a Oficina Pública a efectos de obtener la autorización gubernativa el 6 del mismo mes, suponen tradición determinante de la adquisición del dominio por parte de los compradores posteriormente terceristas. Además la escritura pública de compraventa se otorga en la tarde del 24 de enero de 1992, y el embargo se practica a las doce horas treinta minutos del mismo día, e incluso la anotación preventiva es anterior a la escritura pública pues tuvo entrada en el Registro de la Propiedad a las trece horas veinte minutos. La sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los compradores terceristas, confirmando íntegramente la resolución de primera instancia. Los terceristas interponen recurso de casación articulado en dos motivos, el primero relativo a la nulidad de actuaciones y el segundo a la tercería de dominio. (A R. G.)

54. Naturaleza y función de la tercería de dominio.—Durante tiempo se ha venido manteniendo por la jurisprudencia que la tercería de dominio es una acción reivindicatoria en la que se sustituye la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es tanto la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista como el levantamiento del embargo.

Función de la casación.—Una reiterada jurisprudencia señala que la casación no tiene la función de revisar los hechos y analizar la prueba practicada; no es una tercera instancia y por ello no revisa el soporte fáctico declarado en la sentencia de instancia, sino que su función es controlar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico. Derivado de lo anterior, no cabe en casación partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia, pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, en especial, de la valoración de la prueba practicada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta. (STS de 20 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. X. B. ejercita acción de tercería de dominio respecto a una finca rústica que adquiere en escritura pública de compraventa de fecha de 7 de abril de 1993 (que inscribe en el Registro de la Propiedad el 27 de septiembre de 1993) y sobre la que se traba embargo en fecha de 8 de junio del mismo año. La tercería de dominio se ejercita frente a la entidad que promueve el embargo en juicio ejecutivo, *Auxiliar Ibérica, S. A.* y frente a la parte ejecutada en el mismo, un particular casado en aquel momento con la tercerista, a la que transmite la finca, aunque después consta su separación legal por sentencia de 29 de enero de 1999. La sociedad anónima contesta a la demanda de tercería y formula reconvencción en la que, además de ejercitar la acción pauliana, solicita la declaración de nulidad de la compraventa por simulación absoluta. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando totalmente la dictada en primera instancia, emplea la prueba de presunciones (basada en hechos tales como la relación conyugal entre la tercerista y el transmitente, la inmediatez de fechas entre la transmisión y el vencimiento de letras de cambio de que era avalista el transmitente, la falta de cambio real de situación posesoria, la ausencia de prueba del pago por la esposa), y llega a la conclusión de que el título en que el tercerista funda su acción carece de validez por ser simulado, por lo que desestima la demanda de tercería y estima la reconvencción. Contra la sentencia de la Audiencia se formulan sendos recursos de casación por la tercerista y el transmitente del bien codemandado en la tercería, y los motivos alegados en uno y otro se reducen a idénticas cuestiones: la valoración de la prueba de presunciones, la validez de la compraventa y la no existencia de la simulación.

NOTA.—Reiterada doctrina jurisprudencial suele calificar la acción de tercería de dominio como una acción declarativa de dominio cuyo objeto es doble: por una parte, la declaración de propiedad a favor del tercerista y, por otra, el levantamiento del embargo. Pero esta concepción de la tercería de dominio no cabe ya mantenerla en la actualidad tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. En la propia Exposición de Motivos se advierte que «*la tercería de dominio no se concibe ya como proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo*». Además el artículo 595 de la citada ley establece que la legitimación activa en la acción de tercería de dominio ya no se circunscribe a quien es propietario del bien embargado, sino que se extiende al titular de otros derechos, distintos al de propiedad, que por disposición legal expresa puedan oponerse al embargo del bien. Pese a ello, el Tribunal Supremo, y un ejemplo claro es la presente resolución, sigue afirmando en muchos pronunciamientos, tras la LEC 2000, que la acción de tercería es una acción declarativa de dominio (véase sobre el particular la monografía de Montero Aroca, J. y Flors, J.: *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 57 ss.). (A. R. G.)

55. Condición de tercero del tercerista como presupuesto inexcusable para el éxito de la tercería de dominio.—Reiterada doctrina jurisprudencial señala que un presupuesto imprescindible para la estimación de la tercería de dominio es que el tercerista sea verdaderamente un tercero, es decir, una persona distinta de la embargada y que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada, de manera que si no es tal tercero, sino que viene a ser la misma persona ejecutada en el propio juicio ejecutivo, no tiene el menor sentido la tercería. (STS de 18 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. Q. R. promueve acción de tercería de dominio contra la entidad *Hazcan, S. A.* y contra don J. N. R., pidiendo que se declare que el inmueble embargado en el juicio ejecutivo iniciado por la entidad mercantil es de su exclusiva propiedad y que se decrete el levantamiento y cancelación del embargo sobre el citado inmueble. El acreedor ejecutante y codemandado en la tercería, la entidad *Hazcan, S. A.*, formula reconvencción pidiendo que se declare la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el matrimonio formado por la tercerista y don J. N. R. (codemandado en la tercería). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la tercerista y también la demanda reconvenccional presentada por la entidad mercantil. Contra dicha sentencia tanto doña S. Q. R. como la entidad *Hazcan, S. A.* interponen recurso de apelación. La Audiencia estima la demanda interpuesta por la tercerista, declarando su dominio sobre el inmueble y alzando el embargo, pero desestima el recurso interpuesto por la entidad mercantil. Esta última interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (A. R. G.)

56. No toda infracción formal es susceptible de producir indefensión.—En este caso no se consigue deducir la lesión del derecho fundamental alegado (tutela judicial efectiva) de la falta de una prueba que no resulta decisiva por no aportar nada que pueda considerarse definitivo para la resolución de la presente litis, ni permite tampoco deducir consecuencias distintas de las que se han puesto de relieve por la Sala de apelación.

Los contratos de compraventa otorgados por Urbesa no transmitieron la propiedad de los diferentes pisos y locales.—Sino que sólo generaron obligaciones por parte de los vendedores y de los compradores, puesto que los pisos aún no existían en el momento del otorgamiento de los mencionados contratos (art. 1450 CC).

No habiéndose producido la entrega de la posesión porque no se ha otorgado aún la escritura pública.—Hay que estar de acuerdo con la sentencia de la Audiencia cuando señala que «mediante esos contratos privados de compraventa, los compradores no adquirían la propiedad sino que sólo podían exigir al vendedor que se las entregaran en las condiciones pactadas en los mismos».

Al tiempo del otorgamiento de las escrituras de segregación, obra nueva y división horizontal y su modificación, la otorgante Urbesa era la única propietaria, de manera que estaba facultada para efectuar «las rectificaciones que tuviere por conveniente».—Y ello sin perjuicio de los derechos que correspondían a los compradores según las cláusulas específicas de los contratos de compraventa, que afectaban solamente al piso o local

objeto del contrato (S de 23 de marzo de 2004 en un caso muy parecido al que es objeto del recurso).

Además, los propios contratos privados autorizaban a Urbesa para determinar aquella parte del objeto de la compraventa que era indeterminada cuando se otorgaron los mencionados contratos.

No puede considerarse infringida la doctrina que deriva de las sentencias que se refieren a alteraciones producidas unilateralmente por el vendedor cuando estaba ya constituido el régimen de propiedad horizontal en el momento en que empezaron a venderse los diferentes pisos.— Cosa que no sucede en el presente caso por las razones aducidas en los anteriores Fundamentos. (STS de 22 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Urbesa vendió, mediante documento privado y antes de hacer declaración de obra nueva y constituir el régimen de propiedad horizontal, los pisos futuros de un edificio que se proponía construir. En los contratos privados se incluía la cláusula habitual mediante la cual los adquirentes autorizaban a la promotora a otorgar por sí sola declaración de obra nueva y división horizontal, modificarlas si fuera necesario, fijar las cuotas, constituir servidumbres para el mejor disfrute del inmueble, redactar los Estatutos, y delimitar los elementos comunes que estimara conveniente. Otorgada la mencionada escritura y modificada luego, por ser necesaria una segregación al alterarse el proyecto constructivo, la promotora procedió a otorgar las escrituras de venta, con aceptación de todos los propietarios excepto uno que se negó por entender que las características del inmueble no coincidían con las constantes en el contrato privado. En reunión de la comunidad de propietarios, celebrada a instancia del comprador que rechazó el otorgamiento de escritura a su favor, se decidió demandar a la promotora para que adaptara lo construido al proyecto originario subsanando todos los defectos de construcción, y al acreedor hipotecario en cuanto se viera afectado por esas obras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, planteada por la comunidad y el comprador que rechazó la escritura, la Audiencia Provincial confirmó la decisión del Juzgado, porque la promotora había sido autorizada por los compradores para hacer las modificaciones objeto de litigio y porque las mismas sólo afectaban a los elementos comunes y estaban justificadas por las vicisitudes de la obra. Contra esta última resolución los demandantes interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La sentencia presentada contiene lo que podríamos denominar, con los debidos respetos y comprendiendo el volumen de trabajo que nuestros tribunales han de afrontar y el reducido tiempo de que disponen para ello, una acumulación de argumentos en buena medida descoordinados e, incluso, claramente contradictorios, hasta el punto de convertir en imposible empresa la deducción de cuál es su verdadera *ratio decidendi*, o el grupo de casos al cual resulta aplicable su doctrina.

Para comenzar se afirma que los contratos otorgados por la promotora no transmitieron la propiedad a los compradores porque los pisos aún no existían en el momento de su otorgamiento; pero luego se atribuye esa falta de transmisión de propiedad a la falta de entrega derivada de que no se hubiera otorgado aún la escritura pública;

¿en qué quedamos?, ¿es la falta de escritura, o la inexistencia actual de la cosa futura, lo que determina que el contrato no transmita la propiedad? La cuestión no es baladí, porque la consideración de los adquirentes de pisos futuros como propietarios, ante la falta de privilegio alguno para sus créditos, tortura a la doctrina; y la admisión de tal «propiedad» en los tres primeros párrafos del artículo 13 del RH, cuando se trataba de la inscripción registral de la permuta de suelo por obra, provocó la declaración de ilegalidad de dichos párrafos en la STS de (Sala 3.^a), de 31 de enero de 2001, por ser solución contraria a nuestro sistema legal de transmisión de la propiedad y derechos reales.

Afirmada la propiedad de Urbesa pese a las ventas formalizadas en documento privado (aunque no sepamos si por falta de escritura o falta de piso), tampoco llegamos a saber si su legitimación para otorgar y modificar la obra nueva y división horizontal se debe a que sigue siendo propietaria, a la autorización que le confieren los compradores en los contratos privados de compraventa, o a la acumulación de ambos requisitos. Imposible, por consiguiente, otorgar carácter de Jurisprudencia a la sentencia comentada, salvo cuando concurren las mismas circunstancias: permanencia de la condición de propietario único porque los pisos eran futuros y porque, además, la venta no se documentó en escritura pública (de otro modo quizá hubiera propiedad sobre cosas futuras transmitidas en documento público), y autorización expresa a la promotora para realizar esas actuaciones (porque sin ella quizá no bastara su condición de «propietaria única»).

Pero aún hay que añadir otro requisito para que la promotora pueda hacer esas cosas sin consentimiento de los compradores: que las ventas se perfeccionen antes de otorgar el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, porque si las ventas se hacen después, la autorización para que la promotora lo modifique por sí misma no sería, al parecer, eficaz. Naturalmente no se indica si basta el previo otorgamiento del título constitutivo o también se requiere su inscripción registral (para que pueda generar alguna expectativa calificada en los compradores), ni cuál puede ser la razón lógica que niega virtualidad a la autorización expresa para modificar un título preexistente a la perfección del contrato de compraventa, al tiempo que otorga eficacia a la que se confiere también para modificar el título que sea otorgado tras dicha perfección (en ambos casos se trata de modificar un título constitutivo previo); ni, por supuesto, qué solución aplicar cuando una parte de las ventas se perfeccionan antes de otorgar el título constitutivo y otra parte de ellas se perfeccionan después.

Podríamos continuar y apuntar soluciones acerca de la necesidad de diferenciar entre las modificaciones impuestas por el planeamiento urbanístico y la normativa sobre edificación y las que no lo son, en lugar de hacer hincapié en que las planteadas sólo se referían a elementos comunes, especialmente cuando los modernos complejos inmobiliarios pueden hacer que esas zonas comunes incidan fundamentalmente en el valor de los elementos privativos: piénsese en las piscinas y gimnasios comunitarios, atribución del uso privativo de toda o parte de la cubierta a determinados propie-

tarios, etc. Pero cuando las sentencias carecen de cierta lógica argumentativa, su análisis en profundidad siempre resultará insatisfactorio. (*L. M. L. F.*)

57. Precario. Liquidación por mejoras útiles.—Cuando los propietarios permiten la posesión por un tercero de sus bienes y la realización por éste de mejoras en dichos bienes, sin existir ninguna relación contractual entre ambos y sin que ninguna actuación judicial se produzca contra dicha situación, el régimen de liquidación del estado posesorio que se aplica, para abonar dichas mejoras al poseedor, es el establecido en el artículo 453 CC. Por tanto, los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan, teniendo también ese derecho de retención el poseedor de buena fe en cuanto al abono de los gastos útiles o mejoras. Pues bien, es un hecho evidente que las obras ejecutadas tienen el carácter que se demanda de mejoras útiles y de acondicionamiento, ya que, de conformidad con lo estipulado verbalmente por las partes, se hicieron para transformar lo que la sentencia califica de «destartalado local» en un restaurante en pleno funcionamiento y como tal redundan en utilidad de la propiedad, que incorpora a la finca un instrumento nuevo y provechoso de explotación que sin duda va a aumentar su utilidad y rendimiento económico más allá del que obtenía con la simple explotación agraria una vez que la recupere, de tal forma que si no fuese indemnizado se produciría una situación de enriquecimiento injusto en perjuicio de quien acometió dichos gastos. (**STS de 25 de octubre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda por los actores, don P. G. R y don M. G. G., contra doña I. LL. M y doña E. LL. M., se solicita: por el primer actor, liquidación por mejoras efectuadas en una finca rústica, tras el término de arrendamiento rústico, y el derecho de retención de la finca hasta el abono de dicha indemnización, y por el segundo actor indemnización por mejoras útiles efectuadas en la misma finca, con consentimiento de los propietarios, pero sin relación contractual alguna entre ellos, e, igualmente, derecho de retención hasta el efectivo abono de la indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y condena a la parte demandada a abonar como indemnización por mejoras, la suma de 850.000 pesetas previa compensación de las rentas, que, en su caso, procedan por la explotación de la finca, con el límite del valor de los alquileres adeudados, respecto del primer actor. Asimismo, condena a los demandados a abonar, al segundo actor, la cantidad de 24.633.500 pesetas previa deducción del valor correspondiente al alquiler de mercado hasta la fecha en que se produzca la devolución de la posesión de la totalidad de la finca, desestimando el resto de los pedimentos.

Interpuesto recurso de casación por el segundo actor, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, declarando el derecho a retener la posesión de la finca hasta el abono del importe de la indemnización por mejoras. (*R. D. R.*)

58. Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH): incumplimiento de requisitos formales que no provocan la nulidad del procedimiento.—El Tribunal Supremo señala que cuando no pueda acompañarse la demanda con la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca, dicho requisito formal se cumplimentará presentando una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. (STS de 13 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *B., S. A.*, e *IB, S. A.*, en su condición de deudores de un préstamo, constituyeron una hipoteca sobre una finca a favor de la entidad financiera, *BCI, S. A.* (acreedor).

En noviembre de 1975 el citado crédito fue cedido por el acreedor (*BCI, S. A.*) a la entidad *FCM, S. L.*, y ésta a su vez lo cedió a doña *A. F. D.*

En octubre de 1990, don *J. A. O. M.* adquiere el dominio de la finca hipotecada, en virtud de un contrato de compraventa.

Don *J. A. O. M.* interpone una demanda contra doña *A. F. D.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declaren, entre otras cuestiones, las siguientes: *a)* la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Amposta (Tarragona), y en su caso, la nulidad del Auto aprobatorio del remate y adjudicación; *b)* que se declare la nulidad de cualquier inscripción registral que, teniendo su origen en el citado procedimiento judicial de ejecución, se practique en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Amposta (Tarragona) respecto de la finca registral núm. 9.329; y *c)* que se fije en la sentencia la cantidad adeudada del préstamo garantizado con la hipoteca que se pretende ejecutar.

La parte demandada contesta a la demanda y formula reconvencción, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la compraventa contenida en la escritura pública de octubre de 1990, así como la nulidad y cancelación de la inscripción 8.^a de la finca registral núm. 9.329 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Amposta (Tarragona).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvencción formulada por la parte demandada. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC.

En relación con los documentos que en la actualidad hay que acompañar a la demanda de ejecución hipotecaria, el artículo 685.2 LEC establece que «a la demanda se acompañará el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, [...]». En el caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se pre-

sente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca». (M. J. P. G.)

59. Contraposición entre la presunción *iuris tantum* del artículo 38 LH y la presunción inatacable derivada del artículo 34 LH a favor del tercero hipotecario.—En el caso opera la presunción *iuris tantum*, que razonablemente se destruye en la sentencia impugnada al acreditarse que el edificio en cuestión no forma parte de los colegios transferidos a la Comunidad Autónoma.

No puede alegarse la usucapión *secundum tabulas*.—Porque la inscripción posesoria no produce esos efectos y la de dominio no se produce hasta el año 1991, porque los bienes de dominio público son imprescriptibles, y porque la posesión la ha tenido y la mantiene el Estado desde hace más de cuarenta años.

El Estado, al tratarse de bienes de dominio público.—Es titular del bien en cuestión y es poseedor del mismo y por ello está amparado para el ejercicio de la acción declarativa comprendida en el artículo 348 CC.

El requisito del título adquisitivo no se identifica necesariamente con la constancia documental del hecho generador.—Sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste. (STS de 19 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado planteó demanda contra la Universidad de Santiago de Compostela, solicitando la declaración de que determinada finca era propiedad del Estado adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, así como la modificación de las inscripciones dominicales, practicadas a favor de la demandada en 1991 y por transformación de una inscripción posesoria verificada en 1870. La finca litigiosa es un edificio construido a principios del siglo XVIII como Biblioteca anexa del Palacio de Fonseca, integrando ambos edificios una sola finca registral y habiendo sido incluido el mencionado Palacio de Fonseca en la relación de bienes y derechos transferidos a la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud del Real Decreto 1754/1987; sin embargo desde «hace muchos años» el edificio litigioso viene funcionando como edificio independiente destinado a servicios estatales no universitarios, habiéndose comprobado la supresión «no reciente» de toda comunicación con el Palacio de Fonseca. En primera instancia se desestimó la declarativa de dominio, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado. La Universidad de Santiago de Compostela interpuso recurso de casación alegando, fundamentalmente, la vulneración de la presunción de veracidad de la inscripción registral, ya que el edificio litigioso forma una sola finca registral con el Palacio de Fonseca, y la carencia de título del Estado para interponer la acción ejercitada.

NOTA.—El litigio se plantea entre dos administraciones públicas, afecta a dos intereses también públicos, versa sobre la titularidad de un bien de dominio público, y, por si todo ello fuera poco, la «referencia fundamental» para resolver la cuestión sometida a

debate consiste en interpretar el alcance de un acto administrativo: el Real Decreto 1754/1987, de 18 de diciembre, de traspaso de competencias y servicios; naturalmente, la situación posesoria existente en el momento de la promulgación del mencionado Real Decreto podrá ser considerada, entre otros aspectos, como criterio orientador de su correcta hermenéutica, pero todas las coordenadas sitúan el conflicto en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al menos si se piensa que la sistematización del Poder Judicial en órdenes jurisdiccionales diversos sigue teniendo algún sentido; el hecho de que existan inscripciones registrales que hayan de modificarse en virtud de la resolución judicial no puede utilizarse como argumento para resolver las cuestiones sobre Jurisdicción competente, porque dichas inscripciones están bajo la salvaguardia de los Tribunales que tengan competencia para resolver la cuestión litigiosa sustantiva, no solamente de los integrantes del Orden Jurisdiccional Civil. Por todo ello resulta chocante que nadie alegara la incompetencia de jurisdicción, pero creemos que debería haber sido estimada de oficio por los tribunales. (L. M. L. F.)

60. Rectificación del asiento registral: legitimación pasiva (art. 40 LH).—Cuando la rectificación registral se solicite judicialmente es preciso que la demanda se dirija «contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho». En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo señala que no se encuentran en la situación del antepenúltimo párrafo del artículo 40 LH, los sujetos que con anterioridad hubieran sido propietarios de la finca cuyo asiento registral se pretende rectificar (en este sentido, STS de 7 de febrero de 1998).

Litisconsorcio pasivo necesario: fundamento.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 8 de noviembre de 2002, 6 de mayo de 2003 y 1 de abril de 2004) afirma que el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario se encuentra en que la decisión ha de afectar a terceros con un interés legítimo y directo y que no se da el litisconsorcio respecto de terceros que puedan verse afectados con carácter reflejo. (STS de 13 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *CCB, S. A.*, adquirió el 71 por 100 de la finca registral núm. 22.213, sita en la Parroquia de Nuestra Señora de Jesús, del término municipal de Santa Eulalia del Río, en la isla de Ibiza, junto con la entidad *KTV, S. L.*, que adquirió el 29 por 100 del dominio restante. La adquisición de la propiedad por ambas entidades se realizó mediante Auto de adjudicación dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona en un procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca constituida unilateralmente por la entidad *K., S. A.*, a favor de varias entidades financieras.

K., S. A., mediante escritura pública había agrupado varias fincas hasta dar lugar a la mencionada finca registral núm. 22.213. Una de las fincas agrupadas había sido objeto de un expediente de dominio, determinándose que la extensión de la finca era de 122.980 m², y no de 29.049 m², extensión consignada en la inscripción registral.

Posteriormente, las entidades *CCB, S. A.*, y *KTV, S. L.*, mediante escritura pública extinguieron el condominio sobre la finca registral núm. 22.213, que se habían adjudicado en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, mediante la segregación de una parcela, que recibió la entidad *KTV, S. L.*, quedando el resto de la finca en poder de la entidad *CCB, S. A.*

La compañía mercantil *CCB, S. A.*, interpone una demanda contra la entidad *K. S. A.*, y contra cualquier otra persona que se considere con cualquier derecho de propiedad sobre los terrenos que componen la mencionada finca registral núm. 22.213, con la finalidad de que se declare, entre otras cuestiones, las siguientes: a) la existencia de un error en la inscripción 1.ª de la citada finca registral, en concreto en lo que se refiere a la cabida, pues la suma de las superficies de las seis fincas agrupadas era de 334.141 m² en el momento de realizarse la agrupación y se asignaron únicamente 240.210 m²; b) la procedencia de la modificación de la superficie, ajustándola a la existente en la actualidad en 93.931 m²; y c) la procedencia de expedir mandamiento judicial al Registro de la Propiedad, para que tengan acceso al Registro las mencionadas modificaciones.

La entidad demandada fue declarada en rebeldía, aunque compareció en los Autos don E. L. L., contestando a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima y revocando la sentencia de primera instancia, estima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don E. L. L. (*M. J. P. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

61. Presunción de ganancialidad: prueba en contra.—La jurisprudencia de esta Sala ha insistido de forma reiterada en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC. Ahora bien, ello no quiere decir que dicha presunción no pueda ceder ante la prueba en contrario, según dispone el artículo 1251 del propio texto legal, y por ello declarado por el Tribunal de instancia, a partir de la valoración de los documentos bancarios que analiza, con el complemento de los actos propios de la recurrente, que la misma refiere, haciendo suya la de instancia, que no aparece acreditado que las sumas inventariadas en la testamentería de doña C. F. proceden de las imposiciones a plazo fijo y cuentas corrientes de ahorro de quien fue su esposo, don S., y que aun admitiéndolo existe un conjunto de elementos de prueba indiciarios, que permiten entender que las sumas de las referidas cuentas no tenían carácter ganancial o de tenerlo, la recurrente y su madre decidieron excluirlas del acervo ganancial y atribuir las como propiedad exclusiva de la segunda, estos hechos son vinculantes para este Tribunal porque no han sido atacados de la forma adecuada (hipotético error en la valora-

ción de la prueba con indicación del precepto probatorio que se estima infringido), razón por la que no se ha cometido la infracción denunciada en el primer motivo formulado al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 1361, 1249 y 1250, todos ellos del CC, procediendo por ello su desestimación.

Omisión de bienes en partición: doctrina de los actos propios.—Con reiteración ha señalado esta Sala que los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 16 de septiembre de 2004, 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000; SSTC 73 y 1987, 1988), declarando asimismo que sólo pueden merecer aquella consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho (SSTS de 10 de mayo de 1989, 28 de enero y 9 de mayo de 2000, 13 de marzo de 2003 y 30 de enero de 2004), lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988), habiendo señalado la S de 16 de marzo de 2001, citando la de 14 de julio de 1997, que en casos de no inclusión de bienes gananciales en las operaciones liquidatorias de los mismos tal circunstancia carece de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición. Y es el caso, también, que al margen de la valoración que merezcan los actos de quien casi ocho años después de liquidar conjuntamente con su madre los bienes existentes al fallecimiento de su padre, viene a reclamar los depósitos bancarios de los que éste era titular y que no fueron objeto de inventario y partición en su día, el motivo prescinde de la base fáctica de la sentencia de instancia, en donde se acude a los actos propios como simple complemento resolutivo, pues no son sólo estos actos los que sirven para destruir la presunción de ganancialidad, sino los demás a los que se ha hecho referencia, en conjunción con otras deducciones sobre la falta de una convincente justificación por parte de la demandante de la omisión en el inventario de una partida tan importante de dinero como la que se reclama. (**STS de 27 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. R. F. era hija de don S. R., casado con doña C. F., ésta viuda y con una hija, doña M. T. F. Falleció don S. habiendo instituido heredera universal a su hija, doña C., y a su esposa usufructuaria universal. Doña C. R. F. y su madre suscribieron escrituras de liquidación de la sociedad de gananciales y de manifestación de herencia respecto de su esposo y padre, respectivamente, que completaron con otra posterior por olvido involuntario de algunos bienes. Fallecida su madre, doña C. R. F. litiga contra su medio hermana, doña M. T. F., con la pretensión de que se excluya del caudal relicto la parte que correspondía a su padre del dinero existente en las cuentas bancarias de la difunta al tiempo de su muerte. Las sentencias de primera y segunda instancia desestimaron la demanda al entender que la suma de dinero en cuestión o bien no tenía naturaleza ganancial o bien, teniéndola, debía ser excluida del acervo ganancial para atribuirla a doña C. F. —la

madre— mediante las precedentes transacciones y compensaciones con los demás bienes, siendo especialmente significativo que ni en la relación de bienes hecha por madre e hija para el pago del impuesto de sucesiones, ni en las escrituras ya vistas se incluyeran las partidas reclamadas. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

62. Gananciales: responsabilidad de los bienes comunes por obligaciones extracontractuales de los cónyuges: artículo 1366 CC.—Don A.,

administrador de la sociedad *Discuber, S. A.* se puso en contacto con el hoy actor, don Oscar para informarle que la mencionada sociedad iba a ampliar capital, ofreciéndole adquirir la cualidad de socio mediante la aportación de quince millones de pesetas cosa que el actor efectuó, sin que después se cumpliera dicho ofrecimiento ni se le reintegrara la cantidad. El acreedor obtuvo sentencia condenatoria contra la sociedad en 1992, que devino firme si bien no pudo ejecutarse por ser insolvente. Don O. demandó individualmente a los administradores de *Discuber*, que fueron condenados solidariamente por la Audiencia Provincial de Burgos en 1995. En diciembre de 1991 don A. y su esposa disuelven la sociedad de gananciales y pactan la separación de bienes. Acto seguido la esposa constituye hipotecas por supuestas deudas a favor de su madre y de una cuñada sobre inmueble recibidos en aquélla. Don O. demanda a don A., a su esposa doña L., y a los otros parientes intervinientes, para que se declarase que esta última respondía del pago de las obligaciones a que su marido fue condenado, y asimismo que se declarasen simulados los préstamos y subsiguientes hipotecas por ser negocios fraudulentos. La pretensión fue estimada en ambas instancias, recurriendo en casación. La Sala Primera estima más adecuado considerar que la obligación de don A. como responsable solidario de la deuda de la sociedad *Discuber, S. A.* debe regirse por el artículo 1366 CC, pues se trata de una responsabilidad extracontractual en sentido amplio, al no tener su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por los artículos 133 y 135 LSA, y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales puesto que su importe ha servido para pagar deudas anteriores surgidas de préstamos a la sociedad, consistente en avales asumidos por los referidos esposos.

La excepción representada por el dolo o la culpa grave.—No es válido hacer valer el dolo o culpa grave del marido para exonerar a la sociedad de gananciales, pues el artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad. La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por el marido frente al actor porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal.

Aplicación del artículo 1401 CC.—Tratándose de una deuda de la sociedad de gananciales contraída antes de su disolución, los capítulos matrimoniales que disuelven la sociedad de gananciales y establecen la separación de bienes entre los cónyuges no son oponibles a los terceros acreedores, que, de acuerdo con el artículo 1401 CC, podrán dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

Actos en fraude de acreedores: legitimación del perjudicado.—El actor está interesado por ser acreedor en virtud de obligación contraída antes de la celebración de los contratos que han sido declarados nulos y rescindibles por fraude, por lo cual debe considerársele legitimado a los efectos del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad. (STS de 25 de octubre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho posee cuantos ingredientes precisa un caso práctico ilustrativo de la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en interés y beneficio de la comunidad. Se parte de una empresa que tiene dificultades financieras, y un caballero *mirlo blanco* a quien, con malas artes, convence uno de los administradores de aquella para que aporte quince millones de pesetas, a principios de los años 90 del siglo pasado, con el compromiso de integrarle como miembro en la misma. Es previsible lo sucesivo: la aportación se hace efectiva pero no así el compromiso de la contraparte; la demanda contra la sociedad beneficiaria es estimada pero infructuosamente por declararse ésta insolvente; la acción dirigida contra el administrador avisado logra igualmente éxito, pero se demora lo suficiente (con apelación incluida) para darle tiempo a intentar *salvar de la quema* su patrimonio inmobiliario adjudicándose a su esposa en sospechosa escritura de separación de bienes, la cual se apresura a hipotecarlo a favor de familiares próximos por deudas inexistentes. Parece justo que el *benefactor* ingenuo recupere su aportación, al cabo de más de trece años y tener que interponer tres demandas (Pte.: Encarnación Roca Trías). Sentencia plenamente de aprobar en ajustada argumentación que, sin embargo, deja abiertas a la discusión doctrinal algunas cuestiones.

En relación con el artículo 1366 CC nos dicen Lacruz y sus continuadores que la oscuridad del propio texto y el indudable, aunque desdibujado, parentesco de este precepto con la interpretación jurisprudencial del derogado artículo 1410.3 CC, favorecen las profundas discrepancias doctrinales que se manifiestan en torno a este artículo 1366 CC. No hay acuerdo en cuanto al ámbito material mismo de la expresión *obligaciones extracontractuales*, pues en tanto que para una corriente deben entenderse comprendidas las nacidas de culpa o negligencia (*ex art. 1902*) y las derivadas de responsabilidad objetiva (*ex art. 1903*) (De Los Mozos); para otra, la idea del legislador ha sido incluir en este precepto todas aquellas obligaciones que no tienen su origen en un contrato (Torralla Soriano). El contexto normativo y la referencia en el precepto no sólo a la actuación en ámbito de la administración de los bienes, sino también en beneficio de la sociedad conyugal, propician el mantenimiento de la tesis ampliada (Rams Albesa en Lacruz *ed altri, Elementos*, IV [Madrid 2002] p. 216). Orientación que sigue también la sentencia extractada en el 2.º FD.

En relación con el inciso final del artículo 1366 CC nos dicen aquellos autores que tampoco es pacífico el alcance que debe reconocerse al dolo o culpa grave del deudor; para unos juega como verdadera excepción subjetiva respecto de la responsabilidad del patrimonio ganancial (Díez-Picazo y Gullón; también Peña y Ber-

naldo De Quirós, en *Com. Ministerio Justicia*, II, p. 699), en tanto que para otros sólo tiene relevancia en la distinción entre cargo-responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional: el dolo o culpa grave excluyen el cargo, pero no la responsabilidad provisional de los bienes gananciales (Giménez Duart), lo que, concluyen Rams Albesa-Lacruz (*op. et loc. cit.*), parece verosímil a la vista de los antecedentes inmediatos del precepto. Doctrina esta última que asume igualmente el fallo. (G. G. C.)

63. Gananciales: aval prestado por la esposa: el marido carece de la cualidad de tercero en acción de tercería sobre bienes embargados de carácter ganancial y por deudas gananciales.—La tercería fue interpuesta por el marido, a quien por fallecimiento sustituyó una hija, alegando que no había intervenido en la operación de afianzamiento efectuada por su esposa, ni tuvo conocimiento de la misma, ni fue notificado de la interposición del procedimiento ejecutivo, ni de la traba de bienes gananciales que en el mismo se practicó. El núcleo de la cuestión litigiosa se contrae a resolver si procede, o no, alzar dicha traba en el procedimiento ejecutivo seguido contra la esposa como fiadora solidaria en una póliza de préstamo mercantil. Es doctrina reiterada que la tercería de dominio se basa en el dominio de los bienes embargados al deudor que han de corresponder al tercero que demanda. Esta condición no puede predicarse del demandante inicial en esta causa, habida cuenta de la composición del capital social de la entidad afianzada y de la finalidad del préstamo que se establece en la sentencia impugnada. El caso es idéntico al resuelto por STS de 28 de septiembre de 2001, en el que la sociedad avalada era una compañía familiar que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial de la que resultaba beneficiaria de las actividades negociales positivas que se desarrollaban; en el presente caso se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la esposa conocía perfectamente las actividades comerciales que desarrollaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de la familia. En la misma línea SSTS de 11 de abril de 1972, 2 de julio de 1990 y 14 de septiembre de 2001. (STS de 7 de julio de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

64. Gananciales: extinción por divorcio: comunidad postganancial: inaplicabilidad de los artículos 1375 y 1377 CC.—Presupuesto para solicitar autorización judicial de enajenación de la vivienda de ambos cónyuges es que sea titularidad conjunta de ambos y que se encuentre vigente el régimen de gananciales; lo que no es el caso, puesto que si bien el piso pertenece en copropiedad a ambos y su uso fue atribuido a la actora en sentencia previa de divorcio que produjo la disolución del régimen matrimonial vigente hasta dicho momento, se trata de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y, en concreto, de un bien que dejó de integrar dicha sociedad para formar parte de lo que se conoce como comunidad postganancial, la cual dejó de regirse en cuanto a la disposición de los bienes por las normas propias de la misma, para hacerlo por las de la comunidad de bienes, por lo que no cabe entender infringidos los artículos 1375 y 1377 CC.

Invocación irrelevante de los artículos 404, 1062 y 1410 CC.—La disolución acordada por sentencia de divorcio no es nula por no ir seguida de la

liquidación, pero aquí la contienda no surge en las operaciones liquidatorias de la sociedad, ni como consecuencia de la acción de división, que no se ejercita, por lo que no es posible denunciar la inaplicación de unas normas que no fueron invocadas en la demanda y que tampoco tienen incidencia directa en la cuestión litigiosa, por lo que resulta intrascendente que la recurrente haga referencia a ellas. El artículo 1410 CC no puede aplicarse al período transitorio de la llamada comunidad postganancial, que constituye una comunidad distinta integrada por una serie de bienes de la que son titulares ambos ex cónyuges, para la que no se contempla ninguna suerte de autorización judicial supletoria para su enajenación. (STS de 10 de julio de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Auger Liñán) que acoge la doctrina mayoritaria. Lacruz y sus colaboradores han profundizado en esa situación – más frecuente de lo que cabría imaginar – en la que, disuelta la sociedad, no se procede a la disolución, aunque probablemente se da menos después de un divorcio que por muerte de un cónyuge. En este caso la pretensión fue desestimada en ambas instancias además de rechazarse la casación; parece más bien un defecto de dirección letrada (últimamente Lacruz *ed altri*, *Elementos*, IV, nueva ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2002, pp. 257-261, esp. p. 259). (G. G. C.)

65. Filiación no matrimonial: inscripción realizada en 1935: valor de la misma como acta de nacimiento y como reconocimiento de filiación no matrimonial: legislación material vigente al tiempo de la inscripción.—Hay que distinguir entre la eficacia de la inscripción como acreditativa del hecho del nacimiento y la que se le haya de atribuir en orden a la determinación de la filiación no matrimonial. La redacción del artículo 131 CC, vigente al tiempo de la inscripción, disponía que *el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público*, y el artículo 51 de la Ley de Registro Civil de 15 de junio de 1870 señalaba que *respecto de los recién nacidos de origen ilegítimo [entre los que se integraban los llamados hijos naturales] no se expresará en el Registro quienes sean el padre ni los abuelos paternos, a no ser que el mismo padre, por sí o por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad*. En el presente caso consta en la inscripción de nacimiento que la misma se practica en el Registro Civil del Distrito de la Inclusa, que el alumbramiento tuvo lugar en el inmueble núm. 66, piso 2.º, de la calle Mesón de Paredes de Madrid, y que la inscripción se practica *en virtud del oficio del Director del benéfico establecimiento en dicha finca instalado*.

Ausencia de reconocimiento paterno: infracción del artículo 132 CC. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un negocio jurídico unilateral, irrevocable, formal y constitutivo del *status* de hijo; y siendo así que en el caso presente, no efectuado el reconocimiento por testamento o por otro documento público, dicho reconocimiento únicamente podría derivarse de la constancia en la inscripción de nacimiento de la filiación paterna, lo que requería que se efectuara por el propio padre ante el Encargado del Registro Civil la declaración correspondiente, que no consta efectuada. Así la inscripción, en cuanto expresiva de la filiación paterna, resultaba contraria a lo dis-

puesto en el artículo 132 CC (redacción originaria) puesto que el mismo impedía al padre o a la madre, que hicieran reconocimiento separado del hijo, revelar el nombre de la persona con la que lo hubieran tenido ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida, prohibiéndose a los funcionarios públicos la autorización de documento alguno en que se faltara a dicho precepto. En consecuencia, no cabe reconocer valor a tal constancia registral en cuanto a la determinación de la filiación paterna como se sostiene en la demanda –que no interesa la declaración en base a otros medios y sí únicamente en base a los propios datos de la inscripción– y se reconoce en la sentencia impugnada, lo que conduce a estimar los motivos del recurso, casando la citada sentencia. (STS de 19 de octubre de 2005; ha lugar.)

NOTA.–Fallecido el presunto padre en la década de los noventa sólo cabe atribuir a una deficiente dirección letrada el fracaso de la acción dirigida al reconocimiento de un hijo, llamado entonces natural, nacido en 1935. Una deficiente inscripción del supuesto reconocimiento paterno –dado por bueno, sin embargo, en ambas instancias– debió ser sustituida por la prueba del ADN sobre los restos del difunto cuyo resultado puede resultar concluyente a efectos de reconocer la paternidad no matrimonial. El Ponente (señor Salas Carceller) parece haber prescindido del criterio interpretativo amplio que estableció la STS de 7 de julio de 2004 en relación con la legislación preconstitucional en materia de filiación; en todo caso, parece difícil dar al texto original del artículo 132, párrafo 1.º, CC un sentido más favorable a las pretensiones de la parte actora para dar por probado el reconocimiento. Véase también la STS de 16 de marzo de 2005, en un caso extremo con mínimo apoyo fáctico (hija nacida de una supuesta relación sentimental en los años veinte del siglo pasado). (G. G. C.)

66. Filiación no matrimonial: declaración de paternidad: menor abandonada bajo la tutela de la Comunidad de Madrid, entregada en adopción: negativa a la práctica de pruebas biológicas: valoración conjunta de indicios.–Ha existido una evidente obstrucción, tanto por parte de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, como de los padres adoptivos, a que tuviera lugar la prueba hematológica, no concurriendo ninguna causa que justifique la negativa a tal práctica. Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional requiere que la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas, debe guardar una debida proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y en la integridad a la que sirve, sin olvidar que la investigación de la paternidad es un fin constitucionalmente protegido (art. 39.2 CE), pero se puede concluir que en este caso no se da una desproporcionalidad, so pena, en caso contrario, de hacer estéril el sistema. La negativa no constituye una *ficta confessio*, pero la doctrina de esta Sala ha sido recogida en el artículo 767.4 LEC. 2000 en el sentido de permitir al tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios; tales indicios deben ser reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción o que permitan, en el orden natural y social de las cosas, formar una convicción razonable para declarar la realidad de la paternidad-filiación. En el presente caso se

exponen ampliamente en la sentencia del Juzgado, asumidos en la de la Audiencia, a lo que debe añadirse que los padres de la menor (el actor y la supuesta madre) son de origen africano –nigeriano y angoleño–, y que el actor poseía la certificación del facultativo que asistió al parto, así como fotos en que aparece con una menor, todo lo cual muestra la conveniencia de practicar la prueba biológica, con la que se habría conseguido una certeza que a nadie puede causar perjuicio. La consideración aislada de cada uno de los medios probatorios antes citados no permitirían concluir con la declaración de paternidad reclamada, pero la conjunción de todos estos elementos indiciarios hace entrar en juego el artículo 135 en relación con el 127 del derogado texto del CC, y actualmente recogido en los apartados 3 y 2 del artículo 767 LEC. 2000, y con ello el éxito de la acción mediante la realización de un proceso deductivo lógico, apreciación que pertenece al ámbito de la función soberana de la instancia y que no sólo no resulta arbitrario o irrazonable, sino que es coherente y conforme al recto sentido de entender y suceder las cosas.

Nullidad de actuaciones suscitada por los padres adoptivos: mal planteada y ausencia de indefensión.—El recurso interpuesto por los adoptantes de la menor está mal planteado y debió ser inadmitido. En todo caso cabe decir que en el proceso no se produjo la más mínima indefensión, y sus derechos e intereses resultaron plenamente protegidos por las actuaciones del Ministerio Fiscal, de la Comisión de Tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid y del propio órgano jurisdiccional. (STS de 27 de octubre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia llamativa por la solución aparentemente en contradicción con el artículo 180.4 CC, cuyo supuesto de hecho en los autos adolece de no pocas lagunas que obligan a una penosa y difícil reconstrucción. Es cierto que la menor nació el 20 de septiembre de 1989, habiendo cumplido, por tanto, los 16 años al pronunciarse sentencia firme. Surge la pregunta: ¿con quien ha convivido hasta ahora? Se intuye verosímelmente que fue abandonada al nacer por sus progenitores, pasando a la tutela *ex lege* de la Comisión de Tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid, sin que el padre haya convivido en algún momento durante ese período con la hija. No consta la fecha de la constitución de la tutela, pero cabe inferir que fue anterior a 1996, fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en este proceso. En ningún momento procesal comparece la presunta madre, siendo declarada su rebeldía. Resulta extraño acusar a un organismo oficial de un propósito obstruccionista a la justicia para que no se practique en el caso la prueba hematológica ¿no se debería presumir que actúa siempre en interés del menor? No consta la prueba de ser la madre una mujer angoleña, más bien parece que a la demandada se le atribuye una identidad ficticia o aproximativa. El origen africano de los progenitores parece también una deducción gratuita ¿por qué la madre no podía ser ecuato-guineana con nacionalidad española, o acaso hispano-americana?

Pero ¿se ha producido, en realidad, inaplicación del artículo 180.4 CC? No afectar a la adopción previamente constituida significa que ésta subsiste con todos sus efectos en el Registro Civil. La doctrina aclara que la subsiguiente determinación legal de la filia-

ción biológica del adoptado no creará vínculos familiares con la familia de sangre así conocida (así Lacruz op. et vol. cit. p. 404). Tal situación es ciertamente la que se deduce de la eficacia de los pronunciamientos judiciales aquí recaídos. En efecto, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se limita a declarar el vínculo de filiación no matrimonial entre el actor y la menor, rechazando expresamente las restantes peticiones (entrega de la menor a su padre biológico; nueva inscripción en el Registro). Triunfo pírrico pues el actor recibe una satisfacción moral con esta sentencia, pero sin trascendencia efectiva, pues se le niega la entrega de la hija, y parece que ni siquiera podrá solicitar un derecho de visita respecto de ella ¿Está justificado haber roto la paz de la familia adoptante y de la propia hija que la sentencia declara serlo biológica del actor? Con todo, al llegar a la mayoría de edad la hija podrá decidir mantener, o no, relaciones de trato con su progenitor legal, además las que ha mantenido con sus adoptantes. El artículo 180.4 CC merecería, sin duda, mayor atención por parte de la doctrina. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Interpretación del testamento. Testamento ológrafo posterior que complementa el testamento notarial anterior: determinación de las cuotas de los herederos.—Abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo considera: *a*) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SS de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003, entre otras muchas); *b*) que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de límites racionales y no sea arbitraria, y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones son ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley (SS de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, entre otras); *c*) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las SS de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971 y que continúan las SS de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras).

Con relación a la discutida cláusula del testamento ológrafo, la Sala de instancia llega a conclusión lógica utilizando el elemento gramatical a que viene obligada (art. 675 CC): interpreta que la institución de heredero se refiere a los bienes inmediatamente descritos anteriormente, y no a otros que poseyera la testadora, y que hay una distribución en seis partes, porque a sus sobrinos, hijos de sus hermanas F., A. y E., no los llama por estirpes, sino individualmente (lo que se deduce de la expresión «a las personas siguientes»), mientras que la séptima parte se atribuye a la estirpe de su hermano P. (lo que se deduce de la expresión «Y la parte correspondiente a mi hermano P.»).

No ofrece dudas la atribución por parte de la Audiencia de naturaleza codicilar al testamento ológrafo, puesto que pueden mantenerse ambos testamentos en el momento en que en el ológrafo figura claramente la expresa voluntad de la testadora de la subsistencia del anterior y se hace referencia a grupos de bienes distintos (S de 7 de mayo de 1990).

Si alguien pretende que el sentido literal del testamento no coincide con la voluntad del testador, debe acreditar cumplidamente esta circunstancia, porque el artículo 675 CC y la jurisprudencia parten de la presunción de que las palabras empleadas por el testador reproducen fielmente su voluntad. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. S. R. otorgó testamento abierto ante Notario en 1984, en el que instituía herederos en todos sus bienes por séptimas e iguales partes a las siguientes personas: 1) su cuñada, viuda de su hermano P., en usufructo vitalicio, y los seis hijos de éstos, por iguales partes en la nuda propiedad; 2) su sobrino P., hijo de su hermana F.; 3) su sobrino Pablo, hijo de su hermana Francisca; 4) su sobrino J. A., hijo de su hermana E.; 5) su sobrina A., hija de su hermana A.; 6) su sobrino Jerónimo, hijo de su hermana A.

La misma causante otorgó un testamento ológrafo en 1986, que fue debidamente protocolizado. En él se refería a las cantidades, valores y objetos depositados en un determinado Banco de Suiza, consignando el número de cuenta y de la caja fuerte, y ordenaba que se distribuyeran a partes iguales entre las siguientes personas: P. y P., hijos de su hermana F.; A. y J., hijos de su hermana A.; E. y J. A., hijos de su hermana E.; y la parte correspondiente a su hermano P. habría de repartirse entre sus hijos que son: Á., P., M.^a J., P., B. y M.^a Á.

Los seis sobrinos (P., P., A., J., E. y J. A.), hijos de F., A. y E., interponen demanda contra los otros seis, los hijos de P., pretendiendo que se declare la existencia de siete partes respecto de los bienes referidos en el testamento ológrafo. Los demandados formulan reconvencción, alegando la existencia de doce partes en dichos bienes, tantas como personas son nombradas en el testamento ológrafo como herederos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción, declarando la existencia de doce partes. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, disponiendo la existencia de siete partes, que corresponden a cada uno de los apelantes y la séptima conjuntamente a los seis hijos de P. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. E. R. M.)

68. Sucesión intestada aplicando el *Codice civile* italiano: la legítima («reserva» en el Derecho italiano) está embebida en la herencia intestada: muerta la causante, cónyuge del demandante y recurrente, éste percibe, no la «reserva» sino dos tercios de la herencia como heredero intestado al concurrir con la hermana de la fallecida.—La cuestión que ha llegado a la casación es la sucesión que le corresponde al demandante y recurrente don V. P., teniendo en cuenta que la causante, su esposa, falleció quedando ineficaz su institución de heredero, ya que la heredera había premuerto

y permaneciendo válido el legado en pago de legítima. La sucesión, pues, que se plantea es la intestada, que tanto el Código civil español como el *Codice civile* italiano llaman legítima; y no la forzosa, formada por la llamada legítima que corresponde a los herederos forzosos (*rectius* legitimarios) como denomina el Código civil español y reserva la llama el *Codice civile italiano*. La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestato, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella. Por tanto, no se le aplican los artículos 536 y siguientes (del capítulo, *dei legitimari*) ni, desde luego, el 540 (*riserva a favore del coniuge*), sino los artículos 565 y siguientes (del título, *Delle successioni legittime*, que quiere decir intestada) y esencialmente, el 582 que dispone que la herencia intestada del cónyuge viudo en concurrencia con hermanos del causante es de dos tercios de la herencia.

Así, el caso que se enjuicia es de una sucesión intestada, *legittime* dice el *Codice civile* italiano, que la atribuye en todo caso al cónyuge supérstite (art. 565) en cuota variable según concurra con ciertos parientes (arts. 581 y ss.) y si concurre con hermanos de su cónyuge premuerto, le corresponden dos tercios, siendo el tercio resultante (*sic*) para tales hermanos (art. 582).

Este es el caso presente. La herencia de la causante doña M. M. ha quedado intestada por razón de la premoriencia de la heredera testamentaria, su tía doña V. P. El heredero *ab intestato*, en dos tercios de la herencia es el demandante y recurrente en casación don V. P., correspondiendo la parte residual (como dice literalmente dicho art. 582) a la hermana demandada doña M. L. M. y por su fallecimiento, a sus tres hijos, sucesores procesales. Sobre la *riserva*, como la llama el *Codice civile*, legítima en Derecho español, que en ambos derechos no se debe confundir con la sucesión intestada (a la que llaman sucesión «legítima») propiamente sucesión forzosa, nada procede declarar porque queda embebida dentro de la herencia intestada del cónyuge.

Por tanto debe acogerse el motivo primero del recurso de casación. Éste se había formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC por infracción del artículo 582 del *Codice civile* italiano. La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª de Barcelona, lo ha infringido porque, en vez de aplicarlo al recurrente como heredero *abintestato*, le ha aplicado el artículo 540 que se refiere a la reserva, es decir, a la sucesión forzosa y le ha atribuido erróneamente la mitad de la herencia. Se debe aplicar el artículo 582 relativo a la sucesión intestada y le corresponde, al concurrir con la hermana de su cónyuge causante de la herencia, dos tercios de ésta.

Al estimarse este motivo, esta Sala asume la instancia y debe dictar la resolución que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme dispone el artículo 1715.1.3.º LEC, sin necesidad de entrar en el motivo segundo que [...] denuncia la infracción del artículo 551 del mismo *Codice civile* italiano que establece la imputación del legado en sustitución o pago de la legítima (o reserva del Derecho italiano); esta norma prevé su renuncia y la reclamación de legítima de valor superior o su acep-

tación perdiendo el derecho a reclamar un posible suplemento de legítima. No se aplica al presente caso, ya que la legítima ha quedado embebida en su herencia que alcanza los dos tercios del caudal hereditario. Sin embargo, el legado atribuido por la causante al esposo «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» debe imputarse, como ordenó la causante, a la legítima (o reserva) embebida en la herencia. Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima.

Por ello, el demandante en la instancia y recurrente casacional, don V. P. debe ser declarado heredero *ab intestato* de su cónyuge doña M. M. atribuyéndosele dos tercios de la herencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 582 del *Codice civile*; a cuya porción se le imputa el contenido del legado, sin aplicársele el artículo 551 y sin el derecho de morada familiar y de uso de los muebles, ya que tampoco es aplicable el artículo 540, norma relativa a la legítima, no a la sucesión intestada.

Asimismo, a la demandante reconvenicional, doña M. L. M. –hoy sus hijos y herederos en sucesión procesal– le corresponde la parte residual, es decir, un tercio de la herencia de su hermana, la causante de la herencia. (STS de 13 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. P. ejercitó acción declarativa de su derecho respecto a la herencia de su esposa, doña M. M., quien había fallecido sin descendencia, habiéndole premuerto sus ascendientes, y sobreviviéndole su hermana de doble vínculo doña M. L., demandada en la instancia y, por su posterior fallecimiento, sustituida procesalmente por sus hijos. Doña M. M. había fallecido bajo testamento abierto por el que legaba a su marido una finca urbana y la mitad indivisa de otra «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» e instituía heredera universal a su tía carnal, doña V. P., quien le había premuerto. Aunque en principio se había discutido la normativa aplicable a la cuestión, siendo la causante de nacionalidad italiana y mediando aquiescencia entre las partes, se admitió incuestionadamente la aplicación CC italiano de 1942, conforme al artículo 9.1 CC. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la condición de heredero legítimo del actor desestimando la reconvenición de la demandada que apeló la sentencia. La Audiencia Provincial revoco parcialmente la resolución estimando en parte la demanda reconvenicional. Interpuso recurso de casación el actor y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (R. G. S.)

69. Herederos legitimarios. Carácter inoficioso de las donaciones *inter vivos*: la declaración procede en el momento de la partición.—El Tribunal Supremo afirma que, según el artículo 636 CC, la donación es inoficiosa únicamente cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento y tal determinación hay que remitirla al momento de la partición, a la que habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC), a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder

calcular las legítimas de los restantes herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su minoración (S de 21 de abril de 1997, entre otras). **(STS de 11 de octubre de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. P. C. y doña D. F. P., hijo y esposa del causante, interpusieron demanda contra las hermanas P. B., hijas también del causante pero de distinta madre que el demandante. Solicitan que se declare que son legitimarios y, entre otros pedidos, la reducción de donaciones realizadas a las demandadas al valor del tercio de libre disposición, a lo que acompañan diversas reclamaciones subsidiarias. Las demandadas formularon reconvencción solicitando, entre otras cosas, que se anule la institución de heredero a favor del actor por haber sido preteridas no intencionalmente en el testamento del padre común, y se declare herederos abintestato por iguales terceras partes a los tres hijos, sin perjuicio de la cuota viudal de la esposa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, ordenando la reducción de las donaciones al valor del tercio de libre disposición, y parcialmente la reconvencción, declarando la preterición no intencional de las hijas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los actores y estima parcialmente el planteado por las demandadas, disponiendo la reducción de donaciones por inoficiosas no sólo al valor del tercio de disposición, sino también a las partes proporcionales de los tercios de legítima y mejora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación planteado por los demandantes, centrado en cuestiones procesales y probatorias, y estima el interpuesto por las hermanas demandadas. *(M. E. R. M.)*

70. Adición de la partición. Acción imprescriptible. Posibilidad de usucapión a favor de algún coheredero.—El Tribunal Supremo comparte la calificación del Juzgado de Primera Instancia, que entendió que la acción ejercitada era la de complemento o adición de operaciones particionales que regula el artículo 1.079 CC. Supuesto lo anterior, afirma que la prescripción extintiva de esta acción no está regulada por el artículo 1964 CC, sino por el artículo 1965 CC, dada su identidad con la acción de partición de la herencia; por tanto, mientras se mantenga la comunidad hereditaria, no hay justificación para declarar prescrita la acción para poner fin a la indivisión, aunque sea de una parte de los bienes. Por otro lado, según la sentencia, para que la posesión convierta a un comunero en propietario de la cosa común, mediante la usucapión, es preciso que la posea a título de dueño único, por lo que si el señorío de hecho se comenzó a ejercer como coposesión, al presumirse que continuó ejerciéndose en el mismo concepto (art. 436 CC), se hace necesaria una inversión del mismo, esto es, un cambio de aquella posesión en exclusiva. La decisión de la Audiencia Provincial, que declaró probada la usucapión, reafirmada por el hecho de que la poseedora llegó a donar los bienes muebles, lleva a afirmar que los actores no tienen derecho a completar la partición, pero no por haber opuesto los demandados la prescripción extintiva de la acción, sino porque se entiende probado en la instancia que éstos adquirieron por usucapión la propiedad de los bienes omitidos. **(STS de 18 de julio de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos M. C. interpusieron demanda contra doña E. M. R.-A. y las hermanas M. R., solicitando fueran condenadas conjunta y solidariamente a pagar a los actores cierta cantidad. Los demandantes alegaron que cuando se realizaron las operaciones de partición de la herencia de la abuela común en 1959, no se incluyó el mobiliario de la vivienda de la causante, y éste había pasado a manos de otros herederos, los demandados, que los habían enajenado a terceros en su mayor parte. De ahí que pretendieran la condena al pago de la parte que a ellos correspondía en el valor de los bienes omitidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues entendió ejercitada la acción de partición adicional (art. 1079 CC) y la declaró prescrita en virtud del artículo 1964 CC, negando la aplicabilidad del artículo 1965 CC por no tratarse de la acción de división de herencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, considerando que una de las demandadas había adquirido los bienes por usucapión. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. E. R. M.*)

DERECHO MERCANTIL

71. Acciones judiciales de la Ley General de Publicidad.—Las acciones judiciales contempladas en la Ley General de Publicidad exigen que quien las ejercite resulte afectado o sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda sufrir un perjuicio real, aunque éste no se hubiera consumado.

Publicidad ilícita.—No se produce un supuesto de ilicitud publicitaria cuando se ensalza el producto ajeno tomándolo como referencia de calidad. (STS de 5 de mayo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil C., S. A. es una empresa dedicada al diseño, fabricación, comercialización y venta de muebles de todas clases y estilos, de alta calidad. En una revista de *El Corte Inglés* se publicó un anuncio de un modelo de televisor de la empresa Sony, comparándolo con un mueble fabricado y comercializado por la actora. La entidad C., S. A. interpone demanda contra S., S. A. y ECI, S. A., solicitando que se condene solidariamente a ambas a insertar en la revista «Novedades del hogar» un anuncio rectificatorio, en el que se haga constar que el mueble que aparece en el mismo no es de «estilo neoclásico» sino de diseño propio y exclusivo de Creaciones Giménez, y que se las condene al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda planteada, al considerar que el anuncio constituía publicidad ilícita. Dicha decisión es recurrida por ambas demandadas en apelación. En la Audiencia Provincial, ésta estima el recurso, entendiendo que pese al conjunto de errores y omisiones en la información sobre un ele-

mento ajeno (el mueble) utilizado en la publicidad propia (de televisores), no cabía sostener que el contenido del anuncio fuera engañoso ni denigratorio.

La actora interpone recurso de casación. En cuanto a la infracción del artículo 4 LGP como supuestos constitutivos de publicidad engañosa que contempla este precepto, debe descartarse por completo cualquier posible perjuicio a un competidor, pues la actora y las demandadas ofrecían en el mercado productos, actividades o servicios totalmente dispares. Además, el producto anunciado era el televisor junto con el mueble para equipo audiovisual avanzado que le servía de base, no el mueble diseñado, fabricado y comercializado por la actora. Por otro lado, el anuncio no induce a error a los posibles destinatarios, pues al margen de consideraciones propias de entendidos o especialistas acerca de si el estilo del mueble de la actora era o no neoclásico, lo evidente es que no es de estilo contemporáneo, como se pretende en la demanda, pues la contemplación de su imagen en la revista despierta inmediatamente en cualquiera la sensación de hallarse ante un mueble antiguo. Respecto a la infracción de la Ley de Publicidad Desleal, considera el Alto Tribunal que difícilmente cabe encuadrar el anuncio litigioso en la modalidad comparativa de publicidad desleal. Si bien es cierto que la redacción del artículo 6.c no presupone la alusión explícita o implícita a un competidor, no lo es menos, de un lado, que tal requisito podía considerarse latente en el espíritu del precepto y, por otro, que en cualquier caso la comparación del anuncio nunca buscaba ensalzar las ventajas del producto propio sobre el ajeno, sino ensalzar aquél resaltando las excelencias de éste. Por todo esto, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

72. Competencia desleal. Para su examen, debe partirse del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia.—Se parte del principio que expuso la S de esta Sala de 11 de octubre de 1999, reiterado por la del día 29 del mismo mes y año: «hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo —codemandado— que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa». (STS de 28 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandante interpuso una demanda contra otra entidad y algunas personas físicas solicitando que, al amparo de la Ley de Competencia Desleal, se declarase que las actividades de los demandados eran actos de confusión, de denigración, de imitación, de inducción a la infracción contractual, que

constituían un comportamiento contrario a la buena fe, y que se les condenase a abonar una indemnización por los daños y perjuicios originados. Alegaba la actora que los demandados, antiguos empleados suyos, habían fundado una sociedad dedicada a la misma actividad, realizando la maniobra de incrementar los precios de las ofertas de la actora para después captar sus clientes. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

73. Doctrina de los actos propios.—El principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado en cuanto a su alcance que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubiere creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quién se hallaba obligado a respetarla (SS, entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 25 de enero, 4 y 10 de mayo de 1989). (STS de 20 de febrero de 1990). En igual sentido las SS de 13 de junio de 2000, 30 de marzo de 1999, 24 de octubre y 19 de mayo de 1998, 31 de diciembre y 6 de mayo de 1997, 29 de noviembre de 1996, 22 de junio de 1995, 27 de julio de 1993, 13 de junio de 1992, 26 de diciembre, 27 de noviembre y 11 de marzo de 1991 y 12 de julio de 1990.

Teniendo en cuenta la general, conocida y consolidada doctrina jurisprudencial citada, no parece inoportuna a los efectos de la cuestión litigiosa sometida a consideración en este proceso, en el sentido de que no puede ser atendible una demanda de competencia desleal cuando aparece que la formula sociedad que termina por formar parte de una nueva sociedad con el administrador de la sociedad demandada en el pleito (supuesto de constitución de C) y también cuando la formula sociedad, de la que forma parte primero por mitad y luego por mayoría la sociedad demandada en el pleito (supuesto de constitución de la sociedad demandante A) en la que la sociedad demandada B figura en el capital en las cuantías referidas. Y esto ocurre en un único domicilio social común de las sociedades intervinientes y con empleados comunes.

Competencia desleal.—En el artículo 1 LCD se establece que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la protección de los actos de la competencia desleal.

Desde su constitución en 1988 han pertenecido al Consejo de Administración de A (hoy demandante) don J. M. P. y don F. A. G., junto a representantes de B (hoy demandada).

En 1990 se otorgaron poderes para representación de A a los referidos señores M. P. y G.

En 1995, los señores M. P. y G. causaron baja en sus cargos en A. Pero causaron alta con las mismas categorías en C (constituida en 1994, no demandada en este pleito y de la que es socia A).

En estas circunstancias, no parece razonable admitir la calificación de continuada conducta fraudulenta desde 1989 por parte de la sociedad demandada B a la que alude la sentencia impugnada.

En el suplico de la demanda se solicita genéricamente, sin precisión del tiempo en el que se ha producido la conducta pretendida hoy por la demandante de competencia desleal, y se remite la fijación de la posible y solicitada indemnización de daños y perjuicios a ejecución de sentencia; si bien en la sentencia impugnada en su fallo se manifiesta que se partirá de la facturación realizada por la demandada en 1995 a clientes que hasta 1994 lo habían sido de A. Y es que en el cuerpo del escrito de demanda y al final de la exposición de hechos se indica lo siguiente: «es indiscutible, en definitiva, que el perjuicio ocasionado a A se concreta en la pérdida de su clientela, esto es, tanto la clientela que ya tenía A durante 1994 como aquella clientela que no ha podido adquirir durante los años 1995 y siguientes como consecuencia de la paralización o salida de mercado de A en el año 1995».

Parece conveniente subrayar que en estas circunstancias los mayoristas clientes actúan con libertad en sus adquisiciones, sin que pueda razonablemente aceptarse que han sido confundidos en su captación; pues lo lógico es que su actuación quedara referida al grupo ya señalado y no exclusivamente a una de las tres empresas en cuestión (A, B y C).

El trabajo conjunto de las empresas citadas hasta el año 1995 no permite razonablemente tipificar la conducta de la sociedad hoy demandada dentro de la explotación de la reputación ajena (art. 12) ni dentro de la discriminación y dependencia económica. La demanda pretende ignorar la realidad social de la actuación en el mercado de lo que coloquialmente en la actualidad se denomina «grupo»; entre las empresas que forman éste se produce una actuación conjunta que puede dar lugar a exigencia de liquidación mutua en orden a créditos pendientes, pero todo ello alejado de la concepción de la competencia desleal.

A tal efecto conviene recordar las manifestaciones de la exposición de motivos de la ley: la ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También, y muy especialmente, el artículo 5 en el que, implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de la competencia. Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye la legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores (individual o colectivamente considerados). **(STS de 13 de octubre de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil A demanda por la comisión de actos de competencia desleal consistentes en la confusión y captación ilegítima de clientela a la sociedad limitada B y a don C. S. O. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la deslealtad de la captación de clientes de la actora llevada a cabo por los demandados y condenando a éstos a que solidariamente la indemnizaran por los daños y perjuicios sufridos, en cantidad a determinar en el trámite de ejecución de sentencia fijando, a tal efecto, los parámetros a considerar. Apelaron las partes en litigio y la Audiencia Provincial resolvió desestimando el recurso de la actora y estimando parcialmente el de los demandados, en el sentido de modificar los parámetros que servirían de base para fijar el monto de la indemnización. Aún no satisfechos, formularon recurso de casación los demandados. El Tribunal Supremo lo estima, asumiendo la instancia y desestimando la demanda. (R. G. S.)

74. Contratos de agencia y de «servicio oficial». Efectos del contrato entre las partes.—El artículo 1091 CC dispone que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, artículo que tiene su complemento en el artículo 1257.1, del mismo Código, al decir que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, lo que se conoce como la relatividad y límite personal de los contratos, por más que en ocasiones estos contratos produzcan una cierta eficacia indirecta o refleja en relación a terceros, de la que pudiera derivarse a favor de estas consecuencias distintas a las que aquí se contemplan. Y es lo cierto que los documentos en los que se plasmaron los contratos están únicamente suscritos por los que fueron en realidad las partes contratantes, con la consecuencia de comprometer a uno y otro de acuerdo con los artículos citados, y de impedir que el agente comisionista tenga acción frente al fabricante. Admitir lo contrario no sólo contradice los términos del contrato, y produce infracción de las reglas de interpretación literal y sistemática que consagran respectivamente los artículos 1281, párrafo primero, y 1285 CC, sino que viene a convertir en innecesario el contrato suscrito con el concesionario desde el momento en que se autoriza al agente a dirigirse frente al concedente, liberando a aquél como simple testaferro o intermediario de mera apariencia en las relaciones mantenidas con el demandante, poco conforme con un contrato, como el de concesión mercantil, dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, que tiene como particularidad el que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, desde la idea de que actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio (SS de 12 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2001).

Los efectos de la resolución del contrato no afectan al tercero.—Por lo que se refiere a la aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, si la acción ejercitada en la demanda resulta de un incumplimiento contractual, y este deriva del contrato de 30 de junio de 1986, parece evidente que no podrá desplegar sus efectos respecto a la recurrente en casación por ser ajeno

a una relación que se extinguió, sin preaviso y de forma automática, a partir de la conclusión del contrato de comisión mercantil que vinculaba a *Ford* con la codemandada, *Talleres Castro, S. L.*; razones todas ellas que conducen, de modo ineludible, a concluir que en ambas instancias se aplicaron de forma indebida los artículos que se citan, lo que origina, por tanto, la procedencia de los motivos formulados por la entidad *Ford España, S. A.* y la consecuente casación de la sentencia objeto de impugnación. (STS de 6 de octubre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 30 de junio de 1986, la concesionaria *Talleres Castro, S. L.*, celebró un contrato de agencia con don J. C. R. con el fin de promover la venta de vehículos de la marca *Ford* y otro de «servicio oficial». Según lo convenido, la extinción del primero tendría lugar «automáticamente y con efecto inmediato simultáneamente con la terminación de cualquier contrato de servicio oficial entre el concesionario y el agente al que *Ford* haya consentido»; mientras que el segundo contrato también dejaría de producir efectos sin necesidad de preaviso al extinguirse el contrato de concesión. La concedente *Ford España, S. A.*, vinculada mediante contrato de distribución con *Talleres Castro, S. L.*, autorizó expresamente la celebración de ambos contratos. Al parecer, el contrato de «servicio oficial» sustituyó a otro de las mismas características suscrito por *Ford España, S. A.*, *Talleres Castro, S. L.*, y don J. C. R., de fecha 12 de julio de 1984, que concluía el día 31 de diciembre de 1985. Con fecha 31 de diciembre de 1992, se extinguió por mutuo disenso el contrato de concesión entre *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.*, y, en el mismo año, la primera de esas empresas otorgó la concesión a favor de otra empresa, *Gonzacar, S. L.* Don J. C. R. interpuso demanda contra *Ford España, S. A.*, *Talleres Castro, S. L.*, y *Gonzacar, S. L.* por la que solicitó una declaración judicial de que la «resolución» del contrato de «servicio oficial» había sido «contraria a derecho», por ser una continuación del celebrado el día 12 de julio de 1984, e indemnización del daño producido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela estimó la demanda, aunque absolvió a *Gonzacar, S. L.*, mediante sentencia de 6 de mayo de 1996. Desestimado el recurso de apelación de *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.*, por sentencia de 29 de octubre de 1998 de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, *Ford España, S. A.*, recurre en casación, entre otros motivos, por infracción de la regla de la eficacia relativa de los contratos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

NOTA.—El Alto Tribunal no aclara cuál fue el incumplimiento que facultó a don J. C. R. a resolver el contrato de «servicio oficial» y, de hecho, no está claro que aquél tuviera lugar. Al parecer, la extinción de la relación obligatoria sólo obedece a la concurrencia de una circunstancia prevista expresamente en el contrato: la extinción del contrato de concesión suscrito por *Ford España, S. A.*, y *Talleres Castro, S. L.* Así las cosas, tal vez hubiera sido de interés concretar las características de aquel contrato mercantil atípico y analizar su eventual vinculación con los demás contratos. El Tribunal Supremo podía haber efectuado dicho análisis desde la perspectiva de la tutela del interés contractual de don J. C. R., afectada por el principio de relatividad de los contratos, así como de la inciden-

cia que la ineficacia –en sentido amplio– de los intercambios realizados pudo tener sobre los siguientes en la cadena de distribución. Véase, por todos, Ana López Frías, *Los contratos conexos (Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, J. M.^a Bosch, Barcelona, 1994, pp. 171-173 y 292-301. En ese sentido, el tenor de las cláusulas eran claras en cuanto a la extinción del contrato de «servicio oficial». Sin embargo, la sentencia pudo plantearse si éste perdió su causa al extinguirse el contrato de concesión, o si la ineficacia de este último arrastró al contrato accesorio (*accessorium sequitur principale*). En todo caso, ese razonamiento también hubiera llevado al Tribunal a declarar improcedente la pretensión indemnizatoria del recurrido don J. C. R. Por lo demás, el FD 5.º de la sentencia declara que *Ford España, S. A.*, se hallaba vinculada con *Talleres Castro, S. L.*, por medio de un contrato de comisión mercantil. Si se había celebrado dicho contrato y no –como en realidad nos parece– uno de concesión o distribución comercial, entonces no ofrecería ninguna duda la vinculación de la comitente *Ford España, S. A.*, con los contratos suscritos entre *Talleres Castro, S. L.*, y don J. C. R. Sobre los contratos de distribución y su principal distinción con respecto a los de comisión mercantil y agencia, véase Martijn W. Hesselink/ Jacobien W. Rutgers/ Odavia Bueno Díaz/ Manola Scotton/ Muriel Veldmann, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (Principles of European Law)*, München, Sellier European Law Publishers, 2006, pp. 257-264. (*J. M. B. S.*)

75. Naturaleza mercantil de la compraventa de empresa a empresa.—Cuando la cosa vendida de una empresa a otra, que se dedican al mismo tráfico, no para consumo del comprador, ni siquiera para uso empresarial, sino para ser integrados en la actividad de ésta y ser objeto de comercio posterior, tal compraventa tiene naturaleza mercantil. En estos casos, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago del precio es de quince años (art. 943 CCO).

Distinción entre perfección y consumación del contrato.—Es necesario distinguir entre la perfección y la consumación del contrato. La primera se produce cuando se dan los elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa), y es el nacimiento del contrato a la vida jurídica, constituyéndose las obligaciones. La segunda es el cumplimiento de éstas.

Exceptio non adimpleti contractus.—Por la *exceptio non adimpleti contractus*, no puede el acreedor de una obligación recíproca exigir el cumplimiento si él no cumple la otra obligación recíproca de la que es deudor (sería el caso en el que el vendedor no entrega la cosa y exige el pago del precio). (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil, S. A.* vende una serie de cabezas de ganado lanar para la explotación quesera a *Albavi*, que no abona el precio. Así, la primera interpuso demanda contra *Albavi, S. A.*, solicitando que se condene a *Albavi* a pagarle el precio de dicha compraventa, o, alternativamente, se condene a la demandada a devolver las cabezas de ganado que se llevó de la finca mencionada así como las crías producidas por las

mismas o indemnice por el valor de las mismas si no puede hacerlo. *Albavi* contesta a la demanda, interponiendo la excepción de prescripción, por la que se declare extinguido el hipotético derecho de la actora a reclamar ese precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, estimando parcialmente la demanda reconvencional y declarando resuelto el contrato entre las partes por incumplimiento de la actora, debiendo *Albavi* devolver las ovejas que recibió o su equivalente. Ambas partes interponen sendos recursos de apelación, estimando la Audiencia Provincial únicamente el interpuesto por la actora. Declara la existencia del contrato de compraventa de las cabezas de ganado y condena a la demandada a pagar por ellas.

Albavi recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 1697.4.º, 1450, 1124.I y 1101 CC. El Tribunal Supremo señala que la compraventa objeto del litigio es de tipo mercantil, interpretando extensivamente el artículo 325 CCO, ya que el ganado se integró en la actividad empresarial de venta de queso producido por aquél. Por resolución del artículo 944 del CCO, el plazo de prescripción es de quince años, según el artículo 1964 CC. En cuanto a la infracción del artículo 1450 CC, aquí se perfeccionó un contrato de compraventa en el que la parte vendedora cumplió su obligación de entrega, sin que la parte vendedora haya pagado el precio. Por otro lado, en virtud del artículo 1124 CC, no puede la recurrente que no ha cumplido su obligación de pago del precio, exigir la resolución ni la indemnización que prevé la misma norma. Por todo esto es por que el Alto Tribunal termina por desestimar el recurso. (*S. L. M.*)

76. Contrato de transporte. Obligación del transportista de realizar por su parte la carga y descarga de la mercancía.—El recurrente dice que, siendo considerado como mercantil el contrato entre el recurrente y *Danzas, S. A.* el mencionado contrato no se incumplió porque el transportista señor *L.* nunca había tenido la obligación de cargar la mercancía que debía transportar. Ciertamente, no aparece explícitamente pactada la mencionada obligación, pero se ha probado en este procedimiento la costumbre existente en los contratos concluidos por *Danzas, S. A.* con otros transportistas, en el sentido de que sólo cuando se trataba de camiones de gran tonelaje (más de 24 toneladas), se ponía a disposición del transportista una ayuda para cargar la mercancía. Por ello, no debe admitirse la alegación del recurrente de que se trataba de una obligación introducida de forma sobrevenida y unilateralmente por la compañía *Danzas, S. A.* Pero, además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, aplicable como antes se ha dicho, al presente contrato, «en los servicios de carga fraccionada [...] en todo caso la colocación y estiba de las mercancías, serán por cuenta del porteador» norma que se repite textualmente en el artículo 4.2 del Reglamento antes citado. Por tanto, no sólo la alegada costumbre obligaba al transportista a hacerse cargo de la carga y descarga de las mercancías, sino que en definitiva, la empresa contratante cumplía el régimen jurídico de este contrato fijado en la Ley 16/1987, que establece expresamente esta obligación.

Requisitos para que pueda operar la resolución de contrato ex artículo 1124 CC.—De acuerdo con estos datos, el razonamiento de la sentencia apelada de que se trata de un contrato con obligaciones bilaterales o recípro-

cas, cuya resolución ha sido pedida por la parte que ha cumplido las obligaciones que le incumben, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 CC, es absolutamente correcto. Así nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo 1124 CC en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del artículo 1124 CC se requiere: *a)* que el contrato contenga prestaciones recíprocas; *b)* que sean exigibles; *c)* el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y *d)* un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (SS de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que «dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» [art. 8:103, *c)* Principios del Derecho europeo de contratos]. (STS de 10 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. L. prestaba servicios de transportista en la empresa *Danzas, S. A.* desde diciembre de 1992. El contrato se regía por la legislación laboral. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, se excluyó del ámbito laboral la actividad realizada por un transportista, con vehículos de su propiedad, al amparo de autorizaciones administrativas de las que fuere titular. Ello era así aún cuando dichos servicios se realizaran de forma continuada por un mismo cargador. En consecuencia, el contrato de don J. J. pasó a ser mercantil. A raíz de estos cambios, J. J. exigió a la sociedad *Danzas, S. A.* un mozo para las tareas de carga y descarga del camión de su propiedad. Al no acceder la empresa, J. J. se negó a realizar los servicios. Ante ello, *Danzas, S. A.* resolvió el contrato mercantil alegando incumplimiento de las obligaciones contractuales. J. J. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid solicitando una indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

77. Contrato de seguro. Procedimiento del artículo 38 LCS.—Este precepto parte de la base de que las partes están de acuerdo en que el siniestro está cubierto por el contrato y se limita a facilitar una vía para su rápida liquidación. Se trata de un procedimiento opcional para las partes, que busca facilitar la resolución de los litigios relativos al pago de siniestros producidos. De modo que, si las partes deciden no acudir a este procedimiento o no están conformes con cuestiones relativas al fondo de su discrepancia, la vía judicial queda abierta. (STS de 19 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Vidriera Rovira, S. A.* contrató un seguro con Aegon, compañía aseguradora, para cubrir los riesgos de su actividad industrial, fabricación de vidrio. En las cláusulas particulares del mencionado contrato de seguro se pactaron unas garantías específicas para los daños producidos por el derrame de material fundido, estableciéndose unas franquicias y otras indemnizaciones por pérdida de beneficios.

El 5 de junio de 1993 se produjo la rotura de un horno, con el consiguiente derrame del material fundido. Tras dirigirse la compañía asegurada a la compañía aseguradora solicitando la cobertura de las indemnizaciones establecidas en la póliza, la aseguradora consideró que no resultaban cubiertas.

Demandada la compañía aseguradora por la asegurada, su demanda fue estimada en ambas instancias. (B. F. G.)

78. Seguro de responsabilidad civil. Daños causados por mala fe del asegurado.—El artículo 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, relativa al contrato de seguro (LCS) exime al asegurador del pago de la indemnización cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado: los delitos cometidos por el tomador del seguro, siendo éste el propio asegurado, no pueden asegurarse ya que el dolo conlleva la intención de obtener una ganancia a través del delito o del acto ilícito producido.

Sin embargo, en el seguro especial de responsabilidad civil, el artículo 76 de la citada ley señala que el asegurador tiene derecho a repetir contra el asegurado cuando el daño causado se deba a «conducta dolosa» del asegurado.

El Alto Tribunal considera que entre los dos contradictorios preceptos, debe prevalecer el segundo, por tratarse de una norma especial. El Alto Tribunal trae también a colación «como simple apoyo a esta tesis, aquí desarrollada [...] aunque aquí no directamente aplicable» [FJ 2.º G)], el artículo 117 CP que, en consonancia con el artículo 76 LCS, establece que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

Seguro de responsabilidad civil. Eficacia.—El Tribunal Supremo enuncia dos frentes en los que despliega eficacia: por un lado, frente al propio asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio; por otro lado, se trata de un instrumento de tutela de los derechos de las víctimas o de los perjudicados.

Valor de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los procesos civiles.—No es jurisprudencia para resolver las cuestiones promovidas en los procesos civiles, pero sí constituye un punto de partida a tener muy en cuenta, como doctrina, a la hora de interpretar los preceptos aplicados para resolver las cuestiones de responsabilidad civil originadas en los procesos penales de condena por delito. (STS de 20 de julio de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Un vigilante de seguridad de la empresa *Servicios de Seguridad del Este*, es condenado por dos delitos de asesinato cometidos contra el hijo de los demandantes y su compañera. La sentencia penal condena al vigilante al pago de una indemnización civil a los padres de los fallecidos, y declara responsable civil subsidiaria a la empresa de vigilancia. Ésta, declarada totalmente insolvente, tenía concertada una póliza de seguro de responsabilidad civil, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos.

De las condiciones de la citada póliza, interesa destacar las relativas a los siguientes extremos: *a)* Acción directa: se recoge la acción de regreso del asegurador frente al asegurado, por el importe satisfecho como consecuencia del ejercicio de la acción directa por parte del perjudicado; *b)* Asegurado: además de la propia empresa, se incluye a sus directivos y asalariados; *c)* Riesgo cubierto: la responsabilidad civil del asegurado por actos y omisiones propios y de las personas de quienes deba responder; *d)* Alcance del seguro: se comprende la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el personal al servicio de la empresa con motivo de la ejecución autorizada de la misión de vigilancia.

Los padres de una de las víctimas ejercitan la acción directa del artículo 76 LCS contra la compañía aseguradora, siendo desestimada su demanda en ambas instancias. Recurren, por ello, en casación. (*B. F. G.*)

79. Indemnización de seguro de vida a favor del cónyuge. Aplicación de las normas de la legítima en caso de cónyuge separado de mutuo acuerdo.—Si existía separación legal al momento del fallecimiento del asegurado, parece que, en atención a la letra del artículo 85 LCS, el cónyuge sigue siendo beneficiario hasta que no se produzca la efectiva disolución del matrimonio; no obstante, si bien el régimen del seguro de vida en cuanto al capital debido por el asegurador es autónomo respecto a las reglas del Derecho sucesorio, lo cierto es que guardan entre sí una estrecha relación, y, en este sentido, el artículo 834 CC, que consagra los derechos hereditarios del cónyuge siempre que al morir su causante no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto, nos proporciona una pauta interpretativa que resulta útil, en atención a que se habrá de determinar a cual de los esposos le corresponde la culpa de la separación.

En definitiva, procede sentar que el cónyuge viudo, separado, y por tanto sin matrimonio vigente, no tiene derecho a la legítima; sólo la mantiene si consta que la separación se ha producido por culpa del difunto, lo que es difícil de precisar, ya que de ordinario en las sentencias de separación no se hacen declaraciones de culpabilidad o inocencia.

El esposo separado carece de legítima si los dos son inocentes, o los dos son culpables o el premuerto es inocente; en todo caso, inocencia o culpabilidad deben constar en la sentencia de separación, que es un supuesto improbable, como antes se ha indicado.

En el caso debatido, la sentencia de separación se ha dictado de mutuo acuerdo, de manera que procede determinar que ambos cónyuges son inocentes y, por consiguiente, la viuda no tiene derecho a la legítima; sólo conservaría este derecho si antes del fallecimiento de su marido, hubiere mediado perdón o reconciliación, como dispone el párrafo segundo del artículo 835, lo que aquí no ha ocurrido.

Desde la óptica mencionada, la demandante no es beneficiaria del contrato de seguro que nos ocupa. (**STS de 15 de julio de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de la demandante había fallecido víctima de un atentado terrorista. Tenía suscritas dos pólizas de seguro colectivo de accidente con cobertura de suceso de muerte, en la que designaba como beneficiaria a su esposa y, subsidiariamente, a sus

hijos. Cuando falleció el marido, el matrimonio estaba separado judicialmente de mutuo acuerdo. La viuda reclamó al Consorcio de compensación de seguros y a la pareja conviviente de su marido, en su calidad de representante de sus dos hijos menores, para que le abonaran el importe íntegro de las indemnizaciones. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, en el sentido de distribuir la indemnización entre los dos hijos de la demandante y los dos hijos de la demandada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—No deja de ser chocante que se aplique al seguro de vida una norma que regula una institución completamente diferente y que obedece a parámetros opuestos. La legítima se impone aun en contra de la voluntad del causante, mientras que el beneficiario de un seguro de vida es una persona designada voluntariamente por el asegurado. El asegurado pudo eliminar fácilmente a su cónyuge como beneficiaria del seguro por el simple expediente de comunicar al asegurador su deseo. Si no lo hizo, habría que estar a su voluntad de mantener a su cónyuge—separada, pero cónyuge— como beneficiaria. Aplicar por analogía, aunque se disfrace de interpretación sistemática, una institución que no responde a la misma identidad de razón es incorrecto. El asegurado dispuso de más de siete años para alterar la designación de la persona asegurada o para obtener el divorcio de su cónyuge, pero no hizo una cosa ni otra. Que los tribunales suplan esa voluntad nos parece muy grave. (L. F. R. S.)

80. Derecho de información del administrador y de socios que representan el veinticinco por ciento del capital social: artículo 127 LSA.—Denuncia el motivo la infracción del artículo 127 LSA y el desarrollo de la impugnación casacional se concreta a que una de las demandantes, doña N. M. P., ostentaba la condición de socio de la mercantil demandada y al tiempo la de integrante del Consejo de Administración de la misma y conjuntamente con sus cuatro hermanas impugnó en la demanda que creó el pleito la Junta General ordinaria celebrada el 23 de junio de 1997 de la entidad A (demandada-recurrente), habiendo la sentencia de apelación decretado la nulidad de los acuerdos tomados, el primero que se refiere a la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 1996 y el segundo a la aprobación de la gestión de los administradores.

Se sostiene en el motivo que el derecho de información que asiste a los socios opera de modo distinto cuando se trata de socios-administradores, ya que éstos tienen limitado dicho derecho al presumirse que cuentan con medios para conocer la marcha de la sociedad y la información que pudieran tener le está vedado suministrarla a los otros accionistas, por la prohibición que contiene el artículo 127, el que de modo concreto sólo se refiere a los datos de carácter confidencial y no es extensivo a otros aspectos.

El Tribunal de instancia tuvo en cuenta y sentó como hechos probados que doña N. M. P. se negó a firmar las cuentas, en reunión del Consejo de Administración, y que éste no se reunía con la periodicidad mensual prevista en los Estatutos. A su vez doña N. se ha visto privada continuamente de infor-

mación que por razón de su cargo le correspondía acceder por lo que la infracción del artículo 127 no aparece por ningún lado.

De esta manera el derecho a obtener la información que no se le suministró en momento oportuno se presenta como derecho legítimo y válido, dada su condición de socio y en modo alguno limitado. El artículo 48 LSA consagra este derecho como individual del accionista, de condición inderogable y sucede que no se estableció como acreditado que hubiera hecho un mal uso de su cargo ni haber utilizado cualquier clase de información para causar algún perjuicio al interés social de la mercantil que recurre. Su integración en el Consejo de Administración resulta más bien nominal que efectiva al no poder ejercer el cargo conforme a la normativa legal correspondiente.

El motivo no puede prosperar y conviene tener en cuenta la integración de la sociedad en la que las demandantes reunían el 25 por 100 del capital social y el 75 por 100 restante correspondía a don F. y don M. G. P. y don A. S. G., los que con doña N. M. P. conformaban el Consejo de Administración que se renovó en la Junta de 23 de junio de 1993, conforme consta el acta notarial que los refleja. Por otra parte, los tres primeros también ostentaban la condición de Consejeros y el acuerdo del Consejo de Administración de 12 de agosto de 1992 delegó para que de forma conjunta y mancomunada pudieran ejercitar las facultades que legal y estatutariamente correspondían al Consejo, con lo que prácticamente ostentaban toda la gestión y control de la empresa y eran los reales y efectivos encargados de la administración, pero ello no les relevaba de la obligación de rendir cuentas de su actuación y presentar los estados de cuentas y balances al Consejo de Administración, como paso previo para que éste pudiera cumplir con el artículo 171 LSA, que impone a los administradores la obligación de rendición de las juntas anuales a la Junta General, siendo dicha función indelegable conforme al artículo 141 (S de 6 de febrero de 2003).

Derecho del socio a obtener información contable: artículo 212 LSA.—La infracción que denuncia el motivo es la del artículo 112 LSA para argumentar que no procedía la nulidad de los acuerdos que decretó la sentencia que se recurre, pues el derecho de información tiene unos límites, referidos a que las demandantes son competidoras de la mercantil recurrente al ser propietarias de la compañía B con coincidencia del objeto social (comercialización de zapatos) y la información que pudiera obtener sobre todo en materia de listado de clientes se presenta como posibilidad cierta de poder ser aprovechada en perjuicio de A, por lo que los socios que demandan son en realidad socios competidores de la recurrente y actúan como propietarios de la marca licenciada a favor de la misma.

El artículo 112 LSA consagra el derecho de los accionistas a solicitar tanto en tiempo anterior a la celebración de la Junta como en el transcurso de la misma, los informes que estimen convenientes, relacionados con los comprendidos en el orden del día, siendo obligación de los administradores la de suministrarlos, salvo que, a juicio del presidente, la publicidad perjudique los intereses sociales. Este derecho a la información se presenta cualificado, como aquí ocurre, al tratarse de accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital social, por lo que no cabía la negativa. Cuando el derecho ha sido ejercitado ha de obtener la correspondiente respuesta, no valiendo el silencio o las omisiones, ya que tal derecho es eminentemente sustancial y complementario del voto (SS de 2 de noviembre de 1993, 23 de junio de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de julio de 2000).

Los hechos sentados como probados ponen de manifiesto que las actoras solicitaron por escrito con anterioridad a la Junta, información respecto a las sumas y saldos del libro mayor y balance y no recibieron respuesta alguna, sin perjuicio de que durante la celebración de la Junta el contable de la sociedad hubiera hecho aclaraciones sobre ciertas partidas y anotaciones de cuentas.

No cabe acoger la cuestión que presenta el motivo y ya referida, de ejercicio abusivo del derecho para perjudicar los intereses de la recurrente por ser las demandantes titulares de una empresa competidora, al haber decretado el Tribunal de Apelación que no ha existido causa alguna para denegar la información solicitada, no habiéndose acreditado la causación de perjuicio alguno a los intereses sociales de la recurrente, para lo que los juzgadores de instancia dan razones suficientes, que han de reputarse válidas, ya que tampoco se integró en el *factum* actuación alguna que fuera contraria a los intereses sociales.

La S de 15 de octubre de 1992 contempla el supuesto de información solicitada por socios-consejeros y declara que cabe suponer que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, tratándose de una presunción que es posible destruir por prueba en contrario, que efectivamente ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, atendiendo a que la gestión de la sociedad era llevada realmente por los tres socios-consejeros, que representaban la mayoría del capital social. (STS de 26 de septiembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes reclaman del Juzgado sentencia por la que se declare la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de cuentas anuales y gestión de los administradores adoptados en la Junta General de accionistas de la mercantil A. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia acogió el recurso de apelación declarando nulos los acuerdos impugnados. Interpone recurso de casación la sociedad anónima demandada y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

81. Principio de irretroactividad de las leyes.—El primer motivo del recurso de casación denuncia la violación del artículo 2.3 CC, puesto en relación con el principio de seguridad jurídica y con el artículo 9.3 CE por considerar que se aplica la Ley de Sociedades Anónimas retroactivamente. El motivo segundo abunda en la misma cuestión, por lo que pueden acumularse y argumentarse conjuntamente.

Los argumentos del recurrente se refieren a que la deuda de la sociedad *Lanza Tropical, S. A.* fue contraída en el año 1989, fecha en la que, al no estar vigente la Ley de Sociedades Anónimas, no podía aplicarse la regla establecida posteriormente, relativa a la responsabilidad solidaria de los administradores de las mencionadas sociedades y que al hacerlo así, la sentencia incurre en el vicio de aplicar retroactivamente a la relación creada en aquel momento, una regla introducida posteriormente. Según el propio recurrente, un acontecimiento posterior produce una modificación de la relación jurídica, introduciendo la regla de la solidaridad de los administradores.

La vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica e irretroactividad ha sido interpretada de forma restrictiva por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha considerado, en la S 27/1981, de 20 de julio, que el artículo 9.3 CE «alude a los derechos fundamentales del título I»,

interpretación confirmada por otras sentencias posteriores (STC 6/1983, de 4 de febrero, 159/1990, de 4 de octubre y 173/1996, de 31 de octubre), doctrina que resume la STC de 104/2000, de 13 de abril, en el sentido de que en el artículo 9.3 CE «la restricción de los derechos individuales ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

Pero es que, además, la DT 3.^a LSA establece que antes del 30 de junio de 1992, las sociedades anónimas debían haber adaptado sus estatutos a las disposiciones de la Ley, diciendo expresamente el párrafo 3 de la mencionada DT que, «transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores, [...], responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales». Por ello, el recurrente no puede alegar que se le haya aplicado retroactivamente una ley, a capricho del tribunal de apelación, porque en este punto, se ha limitado a aplicar las disposiciones que regulaban el supuesto de hecho alegado en el momento en que se produjo.

Responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad anónima.—[...] el demandante considera aplicable el artículo 262.5 LSA por haber incumplido el administrador la obligación de convocar junta general para que acuerde la disolución, en el plazo de dos meses establecido en el artículo 262.2 LSA, cuando la sociedad vea reducido su patrimonio «a una cantidad inferior a la mitad del capital social», como dispone el artículo 260.4 LSA. Al no cumplir la mencionada obligación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 262.5 LSA, de manera que el administrador que incumpla esta obligación responderá solidariamente de las obligaciones sociales. Como afirma la S de 23 de febrero de 2004, «es obvio que el artículo 262.5 sanciona una obligación impuesta en el precepto de convocar la Junta», de manera que como dice la S de 16 de diciembre de 2004, «la responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 LSA a los administradores sociales, no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuestos de la efectividad de la sanción, es una responsabilidad *ex lege* (SS de 3 de abril de 1998 y 26 de octubre de 2001, entre otras), configurada ésta como una responsabilidad «quasi objetiva» y entendida desde luego, como una responsabilidad *ex lege* (SS de 12 de noviembre de 1999 y 20 de octubre y 20 de diciembre de 2000 y 18 de julio de 2002)».

Siendo así que el recurrente era administrador en el momento en que debía haber convocado a la junta o solicitado la disolución judicial, resulta responsable solidario con la sociedad por haber incumplido las disposiciones que le obligaban según se ha argumentado en este fundamento, siendo indiferente la fecha de nacimiento de la deuda social, cuyo cumplimiento demanda ahora el señor M. (**STS de 25 de octubre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda que origina el pleito llevado a la casa-ción trae causa de una previa reclamación de cantidad instada por el demandante, don Ch. M., contra la sociedad anónima A en la que esta última fue condenada a pagar alrededor de casi doce millones de pesetas. La sentencia devino firme y en su ejecución se trabó embargo sobre unas fincas de la sociedad demandada. Posteriormente, el Señor M. demandó a uno de los administradores de A por razón del incumplimiento de las obligaciones prescritas en el artículo 262.3 en relación con el artículo 260.1.4.^a LSA —relativos al aumento del capi-

tal mínimo de la sociedad— con la consecuencia de considerarlo responsable solidario —junto con la sociedad y el otro administrador— de las deudas de la entidad, entre las que se encontraba la del propio señor M. El Juzgador de instancia no entró en el fondo de la demanda al acoger la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial rechazó la excepción y condenó al administrador demandado al pago de la deuda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (R. G. S.)

82. Inhabilitación del comerciante quebrado: naturaleza. Retroacción de los efectos.—Uno de los efectos de la declaración de quiebra es la inhabilitación del comerciante quebrado para la administración de sus bienes. Aunque esta inhabilitación tiene acceso al Registro Civil y al Registro de la Propiedad, no es un estado civil, ni equivale a una incapacitación, sino que constituye una prohibición legal que implica la nulidad de los actos de administración y disposición que realice el quebrado a partir de la fecha de la declaración, así como de los que pueda haber llevado a cabo desde aquella otra anterior a la que se retrotraigan sus efectos.

Nulidad radical de los actos del quebrado.—Los actos realizados por el quebrado después de la fecha de retroacción de la quiebra son radicalmente nulos *ope legis*, con independencia de la buena o mala fe de los terceros que contrataron con el quebrado. Se afirma la nulidad radical, sin perjuicio de que existan decisiones jurisprudenciales en sentido contrario fundadas en la evidencia de que los actos excluidos de la nulidad o eran beneficiosos o no eran perjudiciales. La nulidad radical no queda sanada por el transcurso del tiempo. (STS de 14 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de una sociedad interpuso demanda de reclamación de cantidad frente a varias entidades bancarias que recibieron pagos de la quebrada en el período de retroacción de la quiebra. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación se alegó, entre otros motivos, la caducidad de la acción ejercitada.

NOTA.—Es de aplicación el artículo 878 CCO, actualmente derogado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (C. J. D.)

83. Quiebra: legitimación de la comisión liquidadora para el ejercicio de acciones de impugnación de actos posteriores a la fecha de retroacción.—La comisión liquidadora puede estar expresamente legitimada por el convenio celebrado entre el quebrado y la masa de acreedores, para el ejercicio de acciones propias del procedimiento de quiebra (argumento *a mayor abundamiento*; el fallo de la sentencia se remite a jurisprudencia anterior, que declara —para un caso análogo— que «la liquidación terminará cuando la Comisión Liquidadora haya ejercitado cuantas acciones de retroacción a la masa sean legítimas y oportunas y hayan concluido los litigios promovidos o actualmente en curso y se haya dispuesto de todo el producto de los bienes reintegrados a la masa para el pago de los acreedores»). (STS de 18 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—En ambas instancias se estimó la existencia de simulación con intervención de testaferros por parte de la empresa quebrada, y la ineficacia de los negocios realizados por la misma, desde la fecha de retroacción de la quiebra en adelante. Entre los contratos impugnados se incluía una transacción celebrada entre la Sindicatura de la quiebra y una entidad bancaria acreedora. Esta última interpuso recurso de casación argumentando, entre otros motivos, la falta de legitimación de la Comisión Liquidadora de la quiebra para el ejercicio de las acciones comprendidas en la demanda. (C. J. D.)

DERECHO PROCESAL

84. Calificación como administrativo del contrato que sirve de base a la reclamación.—Estos razonamientos no desvirtúan la naturaleza de contrato administrativo que ha de atribuirse a la relación jurídica litigiosa, de acuerdo con la DA 4.^a de la Ley de Contratos del Estado de 1965, aplicable según la legislación de Régimen Local a las Corporaciones Locales, que literalmente expresa que «los contratos de estudios y servicios que se celebren para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social tienen el carácter de contratos administrativos y continuarán regulándose por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, que deberá ser modificado con el fin de adaptar sus preceptos a las normas de la presente ley», normativa que se sustituyó por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, que parte también de la calificación expresa como contrato administrativo de estos supuestos. En la mencionada línea, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citada, establece [art. 5.a)] el carácter administrativo de aquellos contratos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras y los de consultoría, entre los que se incluyen (art. 197) aquellos que tienen por objeto «estudiar y elaborar informes..., anteproyectos o proyectos de carácter técnico». Precisamente, además, la Ley de 27 de diciembre de 1956 determina [art. 3.a)] la pertenencia a su ámbito, de los contratos, de cualquier naturaleza jurídica, que tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. No cabe duda que, en el caso, se dan las notas exigibles para entender que el conocimiento de estos temas corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. (STS de 20 de septiembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos demandó al Ayuntamiento de Fargas en reclamación de la cantidad que el demandado le adeudaba por la elaboración de dos proyectos que había encargado en su día al demandante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, pero el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y estimó la incompetencia de la jurisdicción civil, al tener por base la reclamación un contrato administrativo y corresponder el conocimiento del litigio a la jurisdicción contencioso-administrativa. (L. F. R. S.)

