

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: 96,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 30,00 € (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: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXI, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2008

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2008

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): 007-08-039-2
NIPO (M. de Justicia): 051-08-003-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho *

RODOLFO SACCO

Profesor Emérito de la Universidad de Turín
Socio Nazionale dell'Accademia dei Lincei

RESUMEN

El presente estudio pretende reflexionar sobre el proceso de unificación del Derecho y el rol potencial del método del Derecho comparado en él. El autor, basándose en una concepción estructuralista del sistema jurídico, propone la diversidad y la uniformidad como fenómenos complementarios en un constante dinamismo. El Derecho, como toda realidad, no permanece estático, constituyendo la variación la fuente primaria de su diversidad y la imitación, por su parte, el medio principal hacia su uniformidad. El elogio de la uniformidad del Derecho nos centra en el análisis de sus obstáculos, sugiriéndonos la tesis de la uniformidad del Derecho a nivel operacional. El análisis comparativo de variadas temáticas de Derecho privado permite concluir que los sistemas jurídicos de los países que se comparan presentan diferencias a nivel conceptual que caen como espejismos meramente semánticos ante la solución similar de las cuestiones jurídicas abordadas por el autor. Los contrastes existen entonces a nivel declamatorio, pero no en la regla operacional, pues las soluciones empíricas se nos presentan por sí solas como uniformes. La aplicación de métodos comparativos competentes permitiría de esta forma el conocimiento real del Derecho ajeno facilitando eventuales empresas de unificación jurídica.

* Traducción a cargo de Rodrigo Míguez Núñez, doctorando en Derecho por la Universidad de Turín, becario Programa de Doctorado en Culturas Jurídicas Europeas Marie Curie *Early Stage Training*. Agradezco al Prof. Daniel Peñailillo Arévalo por la supervisión y ayuda. El presente artículo corresponde al texto original italiano titulado: *Elogio dell'uniformità del diritto, elogio della diversità nel diritto. Prolusione per la Cerimonia Inaugurale dell'anno accademico 2002-2003, Atti Ufficiali della Accademia delle Scienze di Torino. Anni Accademici CCXVIII-CCSS, 2001-2003, pp. 153 a 166, Torino, 2005*. La traducción se ha realizado según las indicaciones del autor.

La conferencia de Ginebra ha elaborado un Derecho uniforme para la letra de cambio. La conferencia de Viena ha elaborado un Derecho uniforme para la compraventa internacional de mercaderías (bienes muebles). UNCITRAL y UNIDROIT, órganos de la ONU, tienen como finalidad la uniformidad del Derecho. La Comunidad europea adopta reglas jurídicas, que serán comunes para todos los países miembros. El Parlamento europeo se ha pronunciado a favor de la adopción de un Código civil válido para Europa. Los manuales de introducción al Derecho comparado, como también las obras dedicadas a los grandes sistemas –con pocas excepciones– enuncian, entre los objetivos jurídicos de la comparación, la unificación internacional del Derecho. Si el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX han exaltado el carácter nacional del Derecho, la segunda mitad del siglo XX parece consciente tanto de la unidad fundamental del Derecho como del valor de la uniformidad de las reglas jurídicas. Importantes investigaciones de Derecho comparado se dedican al «common core» de diversos sectores del derecho privado.

Resulta fácil enumerar las razones que se presentan a favor de la unificación y uniformidad. Los conflictos de Derecho (entre ordenamientos nacionales) obstaculizan, sin duda, los intercambios. Derecho uniforme significa unidad cultural y, por ello, eliminación de las dificultades y malentendidos entre las diversas civilizaciones que conviven.

Si los derechos nacionales permanecen diversos, ello significa, por otra parte, que una serie de obstáculos se oponen a la unificación, que algunas fuerzas sostienen el orden presente, predominantemente orientado hacia el carácter nacional del derecho.

Resulta, asimismo, sencillo enumerar las razones a favor del carácter diversificado de las soluciones jurídicas: se invocan la tradición, la historia, la especificidad de las culturas jurídicas, la ausencia de una autoridad legislativa supranacional, la ausencia misma de una lengua jurídica universal. Estas circunstancias inducen a aceptar la diversidad, tornándonos escépticos o desconfiados frente a toda hipótesis de unificación global del Derecho.

Interroguémonos sobre el significado y origen de la diversidad –y de la unidad– en el campo del Derecho. Así, es oportuno considerar que el derecho no se encuentra aislado, ni separado de otros fenómenos sociales. Junto al derecho, la lengua, el saber, la calidad de los productos de la actividad humana (objetos materiales y creaciones intelectuales) constituyen, en su conjunto, la cultura del hombre.

Entre estos elementos, lengua y Derecho tienen un significado especial. Si dos individuos dan formas diversas a las piedras que esculpen o a la casa que edifican, o si se nutren de alimentos diversos, o si recurren a cuidados distintos para sanar una enfermedad, el pluralismo de las soluciones no crea a la sociedad problemas mayores. Por el contrario, los individuos, los miembros de una comunidad, no pueden comprenderse recíprocamente si no usan una misma lengua. Una regla jurídica establecida para regular la relación entre acreedor y deudor, entre propietario y terceros, no puede no ser idéntica para el titular del derecho y para el sujeto del deber.

En realidad, la comunidad de los humanos no habla una sola lengua. Pero esto contradice la finalidad de la misma lengua, que consiste en la comunicación.

Los hombres no observan un solo Derecho. Pero esto va contra la finalidad del mismo Derecho, que consiste en garantizar una arquitectura social, esto es, un mecanismo de solución de conflictos igualitario para todos y previsible. El carácter abstracto de la regla implica la uniformidad. La uniformidad se pierde si las soluciones previstas para dos hipótesis idénticas son múltiples.

Los derechos y las lenguas difieren. ¿Tenemos una explicación para ello?

La explicación se encuentra en la naturaleza de las cosas. Toda la realidad está dominada por la diversidad.

Esto vale tanto para la realidad material como para la cultural.

El caballo es diverso del asno, el grano es diverso del tilo, el aire es diverso del agua, el carbono es diverso del hidrógeno.

La diversidad es propia de la realidad.

La diversidad proviene de la variación, de la mutación. La página más espectacular de esta variación es aquella donde vemos la vida organizar la célula, la célula especializarse, volverse célula animal o vegetal, agregarse con coespecíficos hasta componer un ser pluricelular, y desde ahí proseguir el camino que conduce a los animales superiores y a las plantas más evolucionadas.

¿Podemos lamentarnos de esta diversidad, hija de la variación?

La diversidad puede implicar incompatibilidad y conflictos, incluso mortales. El león mata la gacela, la gacela, herbívora, destruye una cierta planta o fruto. Una determinada molécula es destruida por otra. La variación no ha creado un grupo de amigos. La variación ha llevado a la realidad a autodestruirse con sus propias fuerzas y medios.

¿Debemos acusar a la variación, inculpar la diversidad?

¿Dónde estaríamos, sin la variación? Sin variación, el *homo habilis* no habría jamás sucedido al *australopithecus*. Sin mutaciones, el animal y el vegetal no habrían superado la fase del protozoo. Sin mutaciones, las moléculas no habrían alcanzado las estructuras complejas que han generado la vida. La realidad no se habría alejado jamás de su conformación en el momento del *big bang*.

¿Es posible imaginar una variación sin diversidad y, en particular, una variación que no conduzca a la contradicción, al conflicto, a la destrucción?

La evolución biológica se basa en la diversidad de los caminos y resultados. La evolución lingüística, por su parte, se basa también en la diversidad de los caminos y resultados.

En síntesis, la variación produce diversidad. Más allá del motor que muta la realidad, ninguna fuerza, ninguna voluntad superior ha predispuesto una vía única que el fenómeno en movimiento deba recorrer. La variación se presenta en direcciones múltiples e imprevisibles. La posibilidad de seguir más de una vía es la clave de la riqueza y calidad de todo lo real.

Deberíamos sentir la ambición de conocer aquello que es real no sólo creando el inventario de lo existente, sino además definiendo qué pudo, qué podría y qué podrá existir.

Sin variaciones no tendríamos progreso, pues progreso es variación. Si deseamos progreso, deseamos variación; y si aceptamos la variación, aceptamos la diversidad.

Si la lengua no hubiese estallado para dar lugar a miles de idiomas diferentes, habría quedado en lo que era en el momento de su primera aparición, un conjunto de cinco o seis vocablos.

Si el Derecho no hubiese estallado para dar lugar a miles de sistemas diferentes, se habría petrificado como aquello que era en el momento de la humanización del *homo habilis*, con una propiedad-posesión garantizada por la autotutela (es decir: por la fuerza del poseedor), con algunos cuasicontratos nacientes de la actividad (por ej.: de caza) desarrollada en común, con una jerarquía social fundada sobre la autoridad-fuerza del padre y sobre el prestigio de un personaje dominante.

La variación no pretende detenerse después de haber logrado una determinada meta. El progreso no tiene en mira la obtención de una situación estática, producto de un equilibrio que quiera ser definitivo. Al contrario, cada nuevo asentamiento produce nuevos desequilibrios, situaciones propicias a ulteriores innovaciones.

Es de notar (con estupor) que también visiones del mundo que introducen el dinamismo y el devenir en lo trascendente han generado la espera y esperanza de situaciones finales, escatológicas,

definitivas y por ello eternas. Así, partiendo de Hegel, el pensamiento humano ha alcanzado las predicciones que los grandes partidos únicos del siglo xx habían elevado a dogmas.

En el mundo de la biología la diferencia es irreversible. No importa cuánto yo admire o envidie los ojos del lince, el olfato del perro, los cabellos rubios del sueco, la admiración y la envidia no pueden obtener nada.

En el mundo de la cultura, en cambio, la diferencia puede ser eliminada mediante la imitación.

Si el ligur difiere del toscano, la diferencia entre estas lenguas ha sido reabsorbida (excepto en algunos matices) desde que los ligurinos abandonaron su lengua a favor del toscano, llamado, hoy, italiano. La imitación es a menudo motor de fenómenos, a veces espectaculares, de unificación cultural.

Pero la situación no es tan simple. También en el mundo de la biología podemos constatar que un determinado modelo se difunde y otro desaparece, y ello por efecto de una selección natural o de una hibridación. En un cierto sentido, la imitación y la selección son procesos homólogos, basados en el hecho de que más modelos entran en conflicto, uno de esos pierde y desaparece, y otro vence y se difunde, por ser más eficiente. Estos conflictos, junto con la innovación, son el aliciente del progreso.

Por otra parte, en la biología los modelos vencedores son innumerables, pues la naturaleza ha predispuesto innumerables nichos. En la dinámica de la cultura, puesto que ésta se restringe sólo a la del hombre, los nichos son pocos y su importancia –en un mundo de alta tecnología– es poco significativa.

En la dinámica de la cultura, la imitación tiene un lugar de primer orden.

No es necesario distinguir, en esta instancia, imitación espontánea e imitación impuesta, rendición posible debido a una conquista militar o a una dominación política; ambos procesos conducen a un mismo resultado¹. ¡Cuántos pueblos han asimilado la lengua latina! ¡Cuántos países han dado aplicación al *Code* de Napoleón!

La unificación puede derivar asimismo de un acto consensual, o de la decisión de una autoridad. En la medida que el poder de la autoridad sea aceptado, la unificación podrá estimular el orgullo de los destinatarios de la operación. Franceses y alemanes hablan con orgullo de la unificación de su derecho –y, en particular, de su

¹ *N. del T.* La imposición (militar o política) y el prestigio como causas directas de la imitación de modelos jurídicos es temática abordada con detenimiento por el autor en su clásico *Introduzione al Diritto Comparato*. (Vid. Sacco, Rodolfo: *Introduzione al Diritto Comparato*. En *Trattato di Diritto Comparato Diretto da Rodolfo Sacco*. Edit. UTET, 5.^a edic., Torino, 1992, pp. 147 ss.)

Derecho privado—. Más tarde, este orgullo podrá jugar un rol en el sentido inverso, tornando difícil una nueva unificación. Así, es posible que las resistencias que un francés o un alemán opongan hoy a la adopción de un código europeo uniforme estén guiadas por sentimientos de orgullo ligados a visiones e imágenes de sus códigos nacionales.

Vivimos en una época que ve con bondad la unificación y la alienta.

Las lenguas dialectales decaen, las lenguas escritas se difunden. Pero esto no es todo. Siempre los humanos han sentido el deseo de una gran lengua, que permita a las diversas etnias comprenderse recíprocamente: el babilónico, enseguida el griego, después el latín y finalmente el francés se han propuesto para la tarea. Hoy el conocimiento de esta necesidad parece cada vez más claro, y vemos la lengua inglesa postularse para la función.

En cuanto al derecho, en toda la extensión del mundo occidental las diversidades se reducen tanto en el campo del derecho público como en el del derecho privado.

No obstante, movimientos y resistencias se despliegan en nombre de las tradiciones nacionales, que ninguna autoridad tendría derecho a perturbar; se realizan en nombre de la historia, que ha sacralizado los valores y características del derecho local.

Tales movimientos persiguen eternizar soluciones en nombre de la historia. Pero la historia, que implica en modo evidente el devenir, no puede crear situaciones eternas o invariables. Las soluciones del derecho son múltiples pues constituyen el producto de la variación.

Es ridículo defender la multiplicidad en nombre de una pretendida invariabilidad.

No está prohibido pronunciarse a favor de la diversidad, a condición de que ello no se manifieste en nombre de la invariabilidad. No es lícito confundir el episodio de sucesos con el dogma, verdad eterna. No es lícito desconfiar de las soluciones del vecino. El hombre sería realmente pobre, si no hubiese aprovechado las soluciones que su vecino le ha ofrecido. ¿Cuál sería el estado de los medios de transporte, de la técnica de construcción, de la metalúrgica, de la ciencia, de las comunicaciones, de la religión, del Derecho, de la lengua, si las tribus y las etnias no se hubiesen imitado? La ideología de la autosuficiencia cultural no es más que el nombre de la ideología del atraso.

El derecho no es estático. Sus soluciones circulan, se difunden, generan imitaciones. La imitación es la primera aliada de la uniformidad. Así, en el mundo occidental el derecho de la familia se nos

presenta prácticamente uniformado. El divorcio es el remedio para la caída de la unidad moral de la pareja; los cónyuges, así como los padres, tienen iguales poderes y derechos; la adopción plena es reconocida e incentivada; el hijo nacido fuera del matrimonio recibe la más amplia protección posible; el poder de los padres es ejercido en el interés superior del menor; los cónyuges tienen derechos mutuos sobre sus rentas, etc. Librementemente, todas las naciones han preferido modelos a veces privados de historia, a las soluciones consagradas por la cultura nacional y la tradición.

La unificación del derecho tiene un coste.

Supóngase un mundo con mil legisladores locales. Mil autoridades locales tienen el poder de crear una regla del todo nueva. Desde que tal evento se verifica, nace la competencia entre el nuevo modelo y el precedente. La regla nueva podrá desaparecer o podrá igualmente difundirse por imitación en los mil países considerados. Supóngase un sistema con un único legislador. ¿Con qué frecuencia y a través de qué dificultades podrá nacer un nuevo modelo?

Si mil leyes diversas rigen en mil países, los nuevos modelos que nacerán a continuación podrán fácilmente diferir el uno del otro, pues sus puntos de partida no son comunes. Si, al contrario, los puntos de partida son uniformes, ¿hasta qué punto podrá extenderse la nueva decisión del legislador? ¿Podrá inventar la comunidad de lo adquirido si el matrimonio es poligámico? ¿Podrá inventar la igualdad de los cónyuges, si la capacidad jurídica de la mujer se reduce?

Hemos ya constatado la existencia de diversos tipos de uniformidades. La uniformidad impuesta (resultado de un tratado o de un acto supralegislativo) introduce un obstáculo importante al desarrollo y al progreso. La situación se vuelve aún más compleja si la uniformidad es producto de un acuerdo multilateral, cuyo alcance no podrá ser reformulado en el futuro, sino sobre la base de una nueva decisión unánime, tomada por todos los participantes (incluidos desde el más insensible hasta el más atrasado).

El peligro que la uniformidad impuesta porta consigo se torna más grave por la circunstancia de que la fuente del derecho uniforme impuesto es a menudo una ley. En la medida en que la fuente del Derecho es la voluntad de los interesados –usos comerciales, cláusulas sugeridas por las cámaras de comercio–, la nueva regla se apoya sobre el consenso general (y el sujeto que no esté de acuerdo puede siempre sustraerse), por lo que no hay fractura traumática con el derecho preexistente. Un código, o una ley, no tienen la misma ductilidad. Si el código es nacional, refleja la opinión de los

juristas del país y su lengua, se inspira en la jurisprudencia reciente, radicada en la práctica local, soluciona demandas sociales, conocidas y difusas; no hay nada de agresivo o imprevisible. Pero el código redactado para crear la uniformidad elige necesariamente entre varios modelos existentes, y para hacerlo debe oprimir alguna regla, sustituirla con otras, más o menos desconocidas en el territorio considerado.

De lo expuesto podemos recabar tres conclusiones.

Es necesario excluir del discurso del jurista toda idea de invariabilidad del Derecho.

Si creemos en la diversidad, ello no impide creer al mismo tiempo en la uniformidad. Si creemos en la uniformidad, no debemos renunciar, en su nombre, al progreso y, por lo tanto, a la variación.

Retornemos al punto de partida de nuestra reflexión. Están en curso procesos de unificación del derecho.

Los órganos supranacionales unifican el Derecho privado. Las convenciones multinacionales uniforman el derecho privado. La circulación de los modelos uniforma el Derecho privado. En diversos sectores, el Derecho privado se vuelve uniforme.

Se unifica a través de procedimientos que a menudo proceden desde la periferia hacia el centro. Se uniforma así el efecto de la circulación *a non domino* de la letra de cambio o de la venta de la obra de arte robada. No se unifica el momento de la transferencia de la propiedad, y mucho menos se crea una regla uniforme, concerniente al Derecho de bienes, que permita individualizar una categoría uniforme de propiedad. Por ello, no se unifica el efecto de la circulación *a non domino* en general.

Por el contrario, en algunos sectores –especialmente en el área de la libertad y de los derechos de la personalidad– se uniforman satisfactoriamente los mismos principios, permitiendo que los detalles difieran.

¿Hacia dónde nos conduce la uniformidad? Ella evita que una cierta relación sea regulada en manera contradictoria a ambos lados del Pirineo o del Canal de la Mancha. Evita la injusticia debida a la disparidad del tratamiento, evita las incertidumbres y complicaciones ligadas a los conflictos de normas en el espacio propias de una relación jurídica transnacional.

Al menos en cuanto respecta al valor espacial de la norma, se camina hacia la uniformidad, se la desea, se la considera un bien.

Pongámonos ahora en la óptica de la ideología de la unificación. Y preguntémosnos: ¿qué resistencias obstaculizan o retardan

la marcha hacia ella? ¿Por qué el régimen de la propiedad jamás ha sido uniforme en Gran Bretaña, ni en el Benelux?

El observador descuidado señalará que obsta a la uniformidad del Derecho la multiplicidad de los puntos de vista políticos. Sin duda estamos en desacuerdo sobre muchos valores políticos, pero esta situación no tiene en sí nada de patológico. Es natural que, en el momento de adoptar una determinada solución, se evidencie la contraposición entre aquellos que sostienen valores diversos. La controversia será más explícita y formalizada si tales valores son protegidos por aquellos órganos de mediación entre ciudadano y legislador llamados partidos políticos.

El observador precavido constatará, por su parte, que (por lo menos en el interior de Europa) el sector del Derecho privado que ha dado y da lugar a los más fuertes contrastes políticos (el área del Derecho de familia) es aquel en que la circulación de los modelos y, en menor proporción, el derecho convencional uniforme han creado la más sólida uniformidad. Quizás incide el hecho de que en tal sector las bases históricas son canónicas en los países del *common law* y en los romanistas; pero en todo caso las soluciones europeas uniformes no corresponden siempre a las canónicas.

Se ha creado un Derecho uniforme que acepta la disolubilidad del matrimonio orientándolo hacia el divorcio remedio; por todos lados se proclama la igualdad de derechos entre los cónyuges, y una cierta promiscuidad entre sus rentas. Por doquier el poder de los padres se ejerce en el interés superior de los hijos. En todas partes, entre las tres formas de filiación –legal, biológica y adoptiva– la segunda tiende a tomarse revancha sobre la primera, y la tercera sobre las otras dos. La adopción es, en este escenario, un ejemplo de primer orden. En síntesis, las grandes separaciones de los programas políticos no han impedido la unicidad de las soluciones.

Por el contrario, no encontramos la misma convergencia en áreas ausentes de debate político. Como ejemplo podemos citar: la propiedad, que puede reducirse al dominio único e indivisible (modelo romanista) o al señorío fraccionable (modelo inglés); la transferencia de la propiedad, que puede servirse del consentimiento justificado (modelo francés) o del acto exteriorizado o solemne (modelo alemán y, en parte, inglés); la protección de la propiedad, que puede venir confiada a un remedio relativo y personal (modelo inglés) o a un remedio real, ejercitable *erga omnes* (modelo romano); podemos citar el contrato, que en Francia responde a la ecua-

ción *pacta sunt servanda*, y en Inglaterra, en cambio, al caprichoso requisito de la *consideration*².

En general, se tiende a pensar que la multiplicidad de las soluciones deriva de las peculiaridades sociológicas de las naciones; del grado y nivel del desarrollo económico, de la propagación de valores individuales y contrapuestos, entre otros factores.

Sin embargo, no existe una correspondencia recíproca entre estructura de la sociedad y solución jurídica. Entre los Países Bajos e Inglaterra, entre Inglaterra y Escocia, no operan contraposiciones sociológicas, ideológicas o religiosas; pero sus derechos son diversos. Por el contrario, el Derecho holandés tiene bases comunes con el chileno³.

Abandonemos entonces las propensiones mentales establecidas a priori, y verifiquemos sobre el campo la naturaleza de las contraposiciones que encontramos en el derecho de los diversos ordenamientos.

Examinemos por ejemplo el fenómeno de la circulación de la propiedad. Se trata de determinar si la transferencia del derecho es efecto de la compraventa, de un ulterior acto de ejecución —entrega, publicidad, etc.—, o del pago efectuado por el comprador.

El estudiante alemán ha estudiado que la transferencia del dominio se verifica con la entrega de la cosa mueble —*Übergabe*— o con la *Auflassung* más inscripción si la cosa es inmueble; y sabe también que estos actos traslativos —*Übergabe* y *Auflassung* más inscripción— son eficaces aun cuando la venta sea inválida o inexistente⁴.

² *N. del T.* La *consideration* representa uno de los términos más oscuros y tormentosos del sistema del *common law*; intraducible a nuestra lengua y sin equivalente en los ordenamientos de *civil law*, es en esencia un elemento de existencia del simple *contract*, esto es, de aquella categoría de contratos que carecen de la formalidad del *deed* (*Vid.* nota 10). Para ellos, el simple acuerdo no produce efectos vinculantes, es necesario además que exista un intercambio de prestaciones: que una de las partes haya dado, hecho o prometido alguna cosa, a cambio de lo que la otra haya aceptado dar, hacer o prometer. Así, en el contrato de compraventa el precio constituye la *consideration* para el vendedor y la cosa la *consideration* para el comprador. Se trata, en breve, del elemento de intercambio o transacción (*bargain*), indicativo del carácter oneroso, pero no necesariamente proporcional, del simple *contract*. El jurista continental, en su costumbre de analizar el contrato como un complejo de elementos esenciales y accidentales, ve en ella el análogo al instituto de la causa. Sin embargo, la *consideration* no coincide con ella, pues niega el valor intrínsecamente vinculante de la promesa pura y simple, doctrina triunfante en sistemas de *civil law*, donde la causa integra el principio general de la obligatoriedad de toda promesa deliberadamente realizada en cuanto destinada a un fin lícito.

³ *N. del T.* La referencia es general y sólo destinada al fin de resaltar el fenómeno que, no obstante las profundas diferencias sociológicas, ambas culturas presentan rasgos comunes y semejanzas actuales en el ámbito del Derecho privado.

⁴ *N. del T.* El término «*Auflassung*», carente de expresión castellana homóloga, consiste en el acuerdo abstracto y formal, entre adquirente y enajenante, destinado a transferir la propiedad de un inmueble. A este acuerdo seguirá la inscripción, acto constitutivo de la nueva situación jurídica. Respecto a los muebles, el acuerdo abstracto (*Einigung*) es tam-

El estudiante francés, por su parte, sabe que la transferencia de la propiedad se verifica con la compraventa.

A su vez, el estudiante inglés sabe que en el campo mobiliario la compraventa transfiere la propiedad *between the parties*, y que es necesaria la *delivery* para transferir la propiedad *to all purposes*. En el campo inmobiliario, en cambio, la transferencia requiere la *conveyance*, esto es, el acto solemne unilateral del enajenante, y la entrega del documento al adquirente.

En este escenario, los estudiantes dirigen a sus profesores una misma pregunta: ¿qué sucede si el vendedor, entre el momento de la compraventa y aquel de la entrega de la cosa mueble –o de la publicidad inmobiliaria– enajena el bien a un tercero y se lo entrega, o enajena el inmueble a un tercero que publica inmediatamente el acto?

Todos los docentes responden que el tercero, si ha obrado de buena fe, adquiere el derecho.

Los estudiantes se asombran. Si en Francia la venta ha hecho adquirir la propiedad al primer comprador, no se comprende cómo puede el vendedor, después de haber perdido la propiedad, enajenar eficazmente. Los profesores tienen, sin embargo, una inmediata respuesta. En Alemania y –en lo que respecta a los inmuebles– en Inglaterra el vendedor enajena eficazmente porque no ha dejado de ser propietario; en Francia el tercero adquiere en virtud de su buena fe apoyada en la entrega y en la publicidad; en Inglaterra, finalmente, se simula que el vendedor de cosa mueble enajena como mandatario del primer comprador.

La diferencia entre los diversos sistemas resulta entonces confirmada.

Los estudiantes plantean ahora a sus docentes una cuestión diversa. Quieren saber qué sucede si el vendedor, antes que la cosa mueble haya sido entregada, o antes que se haya dado curso a la publicación del acto o a la *conveyance*, vende a un tercero de mala fe, y le entrega el mueble, o da curso a la publicación del acto o a la *conveyance*.

Los docentes responden que el tercero, si ha obrado de mala fe, no adquiere el derecho, pues el derecho no puede amparar la mala fe.

Los estudiantes se asombran. Si en Alemania, y –en lo que respecta a los inmuebles– en Inglaterra, el vendedor es todavía propietario, no se comprende por qué el acto de enajenación que de él proviene es ineficaz.

bién requerido, pero éste se confunde generalmente con la entrega del bien (*Übergabe*). Vid. párrafos 873; 925 y 929 del BGB.

Los profesores tienen ahora otra inmediata respuesta. En Francia el tercero de mala fe no adquiere, pues su enajenante no es propietario. En Inglaterra, por el contrario, el tercero debería adquirir eficazmente, ya que adquirió del verdadero titular. Pero la solución es diversa, pues en Inglaterra se da aplicación no sólo al *common law*, sino también a la *equity*; y la *equity* clama que al comprador le sea reconocido un *equitable interest* sobre lo comprado; en virtud de este *interest* el tercero que adquiere la propiedad «legal» a título gratuito o bien a ciencia de la precedente venta asume sobre sí la calidad de *trustee* por cuenta del primer comprador, a quien deberá transferir la propiedad cuando sea requerido⁵. En Alemania la *equity* no existe, y por consiguiente la solución –digamos, más bien, la explicación– inglesa no puede prosperar. Pero en Alemania todo comportamiento dañoso intencional contrario a las buenas costumbres genera responsabilidad delictual, según el § 826 BGB, siendo el remedio aplicable la reparación *in natura*: la adquisición fraudulenta del tercero entra en la previsión del citado párrafo del BGB generando la obligación de transferir el bien al primer comprador. Además, si el segundo adquirente ha recibido la cosa a título gratuito, se considera que se ha enriquecido sin causa, *ex* § 812 BGB, debiendo por este motivo devolver el bien al primer comprador.

La diferencia, pero también la identidad, entre los diversos sistemas resulta, pues, confirmada.

A estas alturas, profesores y estudiantes están agotados. Así, algunas preguntas se dirigen a los docentes, siendo esta vez sus respuestas breves y sintéticas. ¿Concluida la compraventa y antes

⁵ *N. del T.* Recuérdese que los países de *common law* presentan la jurisdicción de la «*equity*», que constituye un conjunto de reglas jurisprudenciales cuya fuente originaria emerge lentamente en Inglaterra a partir del siglo XIII de las decisiones del *Lord Chancellor* y más tarde de la *Court of Chancery*. La *equity* se desarrolla en forma paralela a la jurisdicción de las cortes reales –o de *common law*–, respondiendo a la necesidad de conceder eficacia y protección a un conjunto de conceptos no reconocidos por la jurisdicción real. Actualmente en Inglaterra las materias propias de su competencia son resueltas por la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*. Asimismo, la referencia al *trustee*, nos conduce a formular una síntesis del *trust*, instituto creado por la *equity* y cuyo mecanismo en líneas esenciales es el siguiente: aquel que desea constituir un *trust* –el *settlor*– enajena ciertos bienes o derechos a favor de otro –el *trustee*–, quien debe administrarlos en favor de una tercera persona –el *beneficiary*–. Dado que el *common law* no reconoce la relación fiduciaria, considera al *trustee* como titular de los bienes y derechos que ha recibido y así titular de un *legal estate*, con todos los derechos y responsabilidades que el *common law* a este efecto prescribe. Sin embargo, la obligación de administrar los bienes a favor del *beneficiary* no es olvidada, se tutela, y ello por la *equity*. Así, volviendo al ejemplo del texto, el tercero de mala fe (considerado ahora por la jurisdicción de la *equity* como *trustee*), deberá restituir el bien al primer comprador (considerado *beneficiary*), pues a éste la *equity* le confiere una tutela real (en el caso la acción de *tracing*) derivada del reconocimiento de un derecho sobre el bien enajenado. De ahí el *equitable interest* del primer comprador y su consecuente facultad de recuperar el bien de manos del tercero de mala fe.

de la entrega o de la publicación o de la *conveyance*, el comprador que ha pagado puede obtener la entrega de la cosa? La respuesta es, en todo lugar, afirmativa; en Francia, la afirmación deriva del hecho de ser el comprador propietario; en los otros países, en cambio, el comprador dispone de la acción contractual.

¿Y si la cosa mueble ha sido entregada sin que preexista una compraventa? ¿Hay transferencia del dominio en esta hipótesis? La respuesta es del mismo modo afirmativa. En Alemania, deriva del hecho de que la *Übergabe* es un acto abstracto. En Inglaterra, por el contrario, se dirá que quien ha recibido el *delivery* tiene por ello mismo un *title* y si es necesario puede accionar en *conversion* contra aquel que detenta la cosa sin título. En Francia se planteará inmediatamente el discurso sobre la interposición de una acción personal de restitución. Pero sobre este terreno el debate se reabre también en Alemania e Inglaterra. En Francia todo pago presupone una deuda, y lo que ha sido pagado sin que sea debido da lugar a repetición. En Alemania el acto solutorio privado de causa da lugar al enriquecimiento injustificado, de donde emana la obligación restitutoria. En Inglaterra no existe una regla general análoga. Pero luego en Francia si el pago no debido fue hecho conscientemente la acción de repetición será rechazada, pues la jurisprudencia subordina el remedio a la «*condition d'erreur*». En Alemania el enriquecimiento no es injustificado si quien ha concluido el acto de pago sabía que no debía hacerlo. Paralelamente, en Inglaterra el pago hecho por error da lugar a un remedio restitutorio basado precisamente en el error.

Las soluciones operacionales son siempre paralelas (salvo en Italia): quien paga y no debía repite si ha entregado la cosa o pagado el dinero por error; por el contrario, pierde la cosa o el dinero si paga conscientemente^{6, 7}.

Regresemos a nuestros estudiantes. Ellos deben analizar qué ocurre si la posesión injustificada de un tercero colisiona con el derecho de propiedad inmueble.

⁶ *N. del T.* La voz «solución operacional» corresponde al resultado de la aplicación de las llamadas reglas operacionales, que representan en el lenguaje de Sacco los datos concretos, reales, obtenidos del análisis operacional. Esta técnica consiste en el estudio de la aplicación real, específica del Derecho desde el punto de vista de sus efectos concretos. Su resultado, como en otra instancia advierte el autor, en ocasiones varía de la regla declaratoria y general, esto es, la definición, calificación o ideología a que la declaración normativa responde. Así Sacco, Rodolfo: *Introduzione al Diritto Comparato, op. cit.*, capítulos 1.º y 2.º

⁷ *N. del T.* Una ilustración más amplia de la obra de Sacco sobre la circulación de la propiedad mueble puede consultarse en: *Introduzione al Diritto Comparato (op. cit., pp. 106 ss.)*; «Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé», en *Riv. Dir. Civ.* 1979, I, pp. 442 ss.

Conscientes de que el propietario deberá intentar una acción restitutoria, y a fin de estar mejor instruidos, se dirigen a los asistentes de la facultad preguntándoles como se regula dicha acción.

El *tutor* inglés da al *student* una respuesta bastante clara. El actor vence si prueba una posesión (suya o de su antecesor) anterior a la posesión del demandado (o de su antecesor), siempre que el demandado no pruebe una legítima transferencia del derecho de parte del actor (o de su antecesor) a él (o a su antecesor). Así, el actor que hoy vence perderá si es demandado por quien pruebe una posesión anterior. La presencia de estas situaciones, en las cuales Ticio hoy prevalece sobre Cayo y mañana sucumbirá a Mevio, obligan a concluir el carácter relativo de la propiedad inglesa.

L'*assistant* francés da una respuesta más compleja. El Derecho francés es el Derecho de la razón; quien proceda con base en la lógica llegará a la solución francesa. La propiedad no puede no ser absoluta, se es propietario frente a todos o no se es frente a ninguno. Puede reivindicar la cosa quien pruebe tener esta propiedad absoluta. Puesto que el título de adquisición no contiene en sí la prueba que ella provenga *a domino*, el título por sí no prueba la propiedad absoluta. El actor reivindicante debe por lo tanto probar haber usucapido, o haber adquirido de un antecesor que ha usucapido. El discurso parecería concluido, si no permaneciese abierto el tema de los medios con los cuales se prueba la prescripción. El tema brinda la oportunidad de recalcar que es prácticamente imposible probar haber poseído durante los treinta años necesarios para usucapir y que, por lo tanto, cuando el actor prueba que él mismo o su antecesor ha tenido o la posesión de la cosa o un título, anteriores en el tiempo a la posesión y al título del demandado o de su antecesor, dicha circunstancia es suficiente aunque la prescripción no resulte probada⁸.

La solución operacional coincide entonces en Inglaterra y en Francia. La descripción es también uniforme. Pero aquella que en Inglaterra es una regla sustantiva en Francia es presentada como procesal y por ello, en el plano sustantivo, la propiedad inglesa es clasificada como relativa y la francesa como absoluta, contraposición pregonada como la mayor diferencia operante entre estos sistemas.

Nuestros estudiantes han avanzado mucho camino, y han finalizado —cada uno en su país— sus estudios jurídicos. Prefieren el tema de los contratos. Conocen bien la obra de R. David sobre los con-

⁸ *N. del T.* La referencia treintaañal es al plazo establecido por el Código Civil francés.

tratos en el Derecho inglés⁹. Saben que en Francia todo acuerdo vincula, pues allí el respeto a los pactos es sagrado, mientras en Inglaterra el pacto por sí no obliga y sólo toma fuerza al ser acompañado de una *consideration*.

El *licencié* francés pide confirmación al *master of law* inglés preguntándole si es verdad que en Inglaterra es imposible donar, considerando que la donación contradice la idea de la *consideration*. El *master* inglés se sorprende de la pregunta. También en Inglaterra la donación es notoria, admitida y reconocida. Es del todo obvio que no es un contrato, y por ello no tiene necesidad de la *consideration*. El instrumento con que se dona es el *deed*, el acto solemne¹⁰. A su vez, el jurista inglés pregunta si en Francia es posible donar verbalmente. Sabrá así que en Francia la donación presupone un acto notarial, solemne. Para la donación mobiliaria en uno y otro país bastará la entrega de la cosa.

Los dos juristas constatan que la diferencia entre sus sistemas radica en que la donación solemne en Inglaterra es válida porque no es un contrato, y por ello se sustrae de la regla de la *consideration*, mientras que la donación solemne en Francia vale porque es un contrato y por ello debe ser vinculante; que además la donación informal es inválida en ambos países, y que la entrega de la cosa mueble produce la transferencia de la propiedad a título de donación.

En Inglaterra el depósito gratuito y el comodato consensual no vinculan ya que falta, en ambos casos, una *consideration*. Pero también en Italia y en Alemania el consenso no vincula, pues estamos en presencia de contratos reales, que se concluyen sólo con la entrega-ejecución. Acaecida la entrega, vuelve a emerger la idea *pacta sunt servanda*. En Inglaterra la entrega obliga al depositario a la custodia y legítima al comodatario al uso del bien, no porque depósito y comodato sean contratos, sino porque la entrega da lugar a un *bailment*¹¹.

⁹ *N. del T.* La referencia es DAVID, René, *Les Contrats en Droit Anglais*. Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1.ª edic., Paris, 1973 (2.ª edic., 1985).

¹⁰ Conocido también como *act under seal*, *specialty* o *convenant*, el «*deed*» constituye el acto formal típico de los ordenamientos de *common law*.

¹¹ *N. del T.* El «*bailment*» es una figura jurídica característica del *common law* que no encuentra equivalente en el *civil law*; agrupa un conjunto de situaciones cuyo elemento común consiste en la entrega de cosas muebles de parte de su propietario, que toma el nombre de *bailor*, a un *bailee*; a condición expresa o tácita de que éste las restituya una vez cumplido el periodo pactado, cometido el objetivo para el cual fueron entregadas, o cuando el *bailor* simplemente lo requiera. El *bailor* permanece como propietario de las cosas entregadas y así el *bailee*, en cuanto tal, no está facultado para transferir la propiedad de las mismas. El *bailment* puede ser gratuito (*gratuitous bailment*) u oneroso (*bailment for reward*). A menudo la onerosidad da lugar a una relación contractual, pero la regla no es absoluta, pudiendo prescindirse del contrato, casos donde el *bailment* pasa a ser disciplinado por las reglas de la *personal property* o de la *law of torts*. En la concepción del Derecho

Nuestros dos juristas constatan que escuela y libros los han engañado; comprueban que las reglas operacionales son análogas en ambos países, y que sin embargo los fenómenos vienen explicados con técnicas, conceptos y aparatos dogmáticos completamente opuestos.

Supongamos que nuestros dos licenciados vayan a encontrarse con un colega amigo en Alemania; cuando están por llegar, un vehículo colisiona por detrás con su automóvil. Los daños ascienden a 1.000 euros. El embestidor asume su responsabilidad.

El francés narra el acontecimiento. La indemnización procede, pues todo hecho del hombre que causa daño a otros impone la obligación de resarcimiento al sujeto que lo ha ocasionado.

El alemán no comparte su visión. No es posible que todo hecho culposo obligue. La obligación nace de la lesión culposa e ilícita del derecho absoluto de la víctima. En nuestro caso ha sido lesionada la propiedad del vehículo investido, la fuente de la obligación reside en tal lesión.

El inglés no entiende esta doctrina de los derechos absolutos. La responsabilidad opera cuando se comete uno de los específicos agravios previstos por el Derecho; en el caso, una cosa mueble ha sido dañada por un agente mediante una colisión física, entonces tenemos un *trespass to a chattel*¹².

Nuestros laureados se miden con toda la casuística jurisprudencial de los tres países, y encuentran que las soluciones empíricas son ampliamente uniformes. El juez francés, cuando condena, se inspira en el «*tout fait quelconque*»; y, cuando absuelve, utiliza la doctrina de las *causes de justification*. El juez alemán, cuando debe condenar, encuentra siempre un párrafo del código que legitima la sanción, y, cuando debe absolver, se remite sin problemas a la licitud de los actos no prohibidos. En Inglaterra las aplicaciones siempre más amplias del *tort of negligence* conducen a neutralizar la tipicidad de las acciones fundadas sobre la responsabilidad delictual¹³.

continental es posible enmarcar el instituto en los contratos de depósito, comodato, prenda, arrendamiento, mandato con entrega de cosas, transporte, según el caso.

¹² *N. del T.* La expresión «*trespass*» corresponde a una amplia figura del *common law* compuesta por una serie de comportamientos que dan lugar a ilícitos civiles, penales, o a ambos. El *trespass*, y su acción correlativa, se articula en tres tipos diversos dentro de la categoría general de los *torts* (ilícitos) dependiendo de si el acto lesivo afecta a la integridad de la persona (*trespass to the person*), a la posesión de los bienes muebles (*trespass to chattels* o *goods*) o inmuebles (*trespass to land*). En particular, el *trespass to chattels* tiene lugar frente a una injustificada perturbación de la posesión de un bien mueble mediante actos de desposesión, molestias, remociones, o daños, realizados con intencionalidad o negligencia.

¹³ *N. del T.* El «*tort of negligence*» constituye la categoría de ilícito de mayor trascendencia en la moderna *law of torts*. Comprende no sólo aquellas situaciones de conducta culposa generadora de responsabilidad (contractual o extracontractual), sino además aque-

La práctica tiene necesidad de categorías conceptuales ordenantes¹⁴. Pero estas categorías son diversas en las distintas naciones y los juristas no hacen nada para liberarse de las distinciones.

Los contrastes que vemos existen en las calificaciones, en los lenguajes, en las descripciones, en las explicaciones, en los conceptos. No existen, en cambio, en las reglas operacionales.

La tarea de la ciencia consiste entonces en relativizar, para luego eliminar y exorcizar las contraposiciones conceptuales absurdas; la misión se cumplirá sólo si se adoptan métodos comparativos sofisticados.

Sin la obra homologadora de la ciencia, un legislador uniforme procedería sobre un terreno difícilísimo, completamente minado por fatigosas desarmonías de lenguaje.

La ciencia por sí bastará en la medida que logre moverse para unificar los modos de conocimiento del Derecho. Alcanzado este objetivo, la uniformidad de las soluciones legales será más accesible y quizás ya ni siquiera necesaria.

llas de comportamiento no adecuado al *standard* requerido por la ley o de violación al llamado «*duty of care*». El siempre mayor número de situaciones que comprende ha motivado a un sector de la doctrina inglesa a estimarlo, junto a otros factores, como instituto que aseveraría la presencia de un principio general de responsabilidad en tal sistema, recordando que en la materia no existe una máxima análoga al artículo 1902 del CC.

¹⁴ N. del T. Más antecedentes sobre la importancia de estas categorías en la construcción del Derecho privado europeo *vid.* SACCO, Rodolfo, «The System of European Private Law – Premise for a European Civil Code», en *Italian Studies in Law*, Dordrecht, 1993, vol. I, pp. 71 ss.

La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña*

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

La regulación de la usucapión cuenta con una larga tradición en el derecho civil catalán y ha sido habitual aludir a ella como uno de los rasgos distintivos que han venido diferenciando dicho derecho frente al recogido en el Código Civil español. Sin embargo, en la legislación anterior a la entrada en vigor del vigente Código Civil de Cataluña, dicha regulación se reducía al artículo 342 CDCC, que establecía tan sólo el plazo de tiempo que debía durar la posesión ad usucapionem para convertir al poseedor en titular del derecho en cuyo concepto poseía; para regular todas las demás circunstancias que afectan a este título adquisitivo era preciso acudir a la aplicación supletoria del Código Civil español.

Pues bien, modificando radicalmente esta situación, el Código Civil de Cataluña establece ahora una regulación completa y sistemática de la usucapión, con la pretensión de adecuarla a la realidad social y económica actual. En este proceso de actualización se han introducido novedades como la reducción de los plazos de la posesión para usucapir o los preceptos dedicados a la interrupción y de la suspensión de la usucapión. La existencia de estas novedades justificaría por sí sola el estudio de la institución; a ello hay que añadir que las disposiciones del Código Civil catalán excluyen la aplicación supletoria de la legislación estatal y de ahí que el presente trabajo se refiera a la totalidad de la regulación establecida por el Código catalán, con la pretensión de tratar de ofrecer una visión de conjunto de la misma y señalar sus características más destacadas.

* El presente estudio se redactó en diciembre de 2007 y se enmarca dentro del Proyecto de Investigación SEJ 2006-14875-C02-01/JURI del Ministerio de Educación y Cultura.

Con posterioridad a su redacción, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña (DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008), ha suprimido la situación de herencia yacente como causa de suspensión de la usucapión. Esta modificación no ha podido ser tenida en cuenta en este trabajo, que se ajusta a la redacción originaria del Libro V del Código Civil catalán.

SUMARIO: 1. *Introducción*.—2. *La usucapión como título adquisitivo*.—3. *El objeto de la usucapión: los derechos reales posesorios*.—4. *La estructura de la usucapión*. 4.1 La posesión como elemento componente del título adquisitivo de la usucapión. 4.1.1 Los requisitos de la posesión: requisitos propios e impropios. 4.1.1.1 Los requisitos propios: posesión en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida. 4.1.1.2 Los requisitos impropios: la irrelevancia del título y de la buena fe. 4.1.2 La unión de posesiones. 4.2 El tiempo como elemento componente del título adquisitivo de la usucapión. 4.2.1 Los plazos de usucapión. 4.2.1.1 La usucapión de los bienes muebles. 4.2.1.2 La usucapión de los bienes inmuebles. 4.2.1.3 La usucapión de los bienes hurtados, robados u objeto de apropiación indebida. 4.2.2 El inicio del cómputo del plazo de usucapión.—5. *La eficacia de la usucapión*. 5.1 La adquisición del derecho en cuyo concepto se posee. 5.1.1 La adquisición del derecho por el poseedor *ad usucapionem* y la prescripción de la pretensión del titular anterior. 5.1.2 La retroactividad o irretroactividad de la adquisición por usucapión. 5.2 La denominada usucapión liberatoria. 5.3 La alegación de la usucapión. 5.3.1 La alegación de la usucapión como requisito de publicidad y de oponibilidad del derecho adquirido. 5.3.2 La legitimación y los medios para alegar la usucapión.—6. *La interrupción de la usucapión*. 6.1 Las causas de interrupción de la usucapión. 6.1.1 Causas relacionadas con el hecho posesorio. 6.1.2 Causas relacionadas con el concepto posesorio en que se ejercita la posesión *ad usucapionem*. 6.1.3 Causas relacionadas con el carácter pacífico de la posesión *ad usucapionem*. 6.1.4 Causas relacionadas con el transcurso del plazo de tiempo. 6.2 Los efectos de la interrupción de la usucapión.—7. *La suspensión de la usucapión*. 7.1 La suspensión de la usucapión y la suspensión de la prescripción de las pretensiones relativas al derecho que se usucapen. 7.2 Las causas de suspensión de la usucapión. 7.3 Los efectos de la suspensión de la usucapión.—8. *La renuncia a la usucapión*. 8.1 Los requisitos de la renuncia a la usucapión consumada. 8.2 Los efectos de la renuncia a la usucapión consumada. 8.2.1 Las consecuencias jurídicas de la renuncia al título adquisitivo. 8.2.2 La inoponibilidad de la renuncia al título adquisitivo.

1. INTRODUCCIÓN

El Libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo (DOGC núm. 4640, de 24 de mayo de 2006)¹, dedica la sección IV del Capítulo I de su Título III a la regulación de la usucapión. Como es sabido, la regulación de la usucapión cuenta ya con una larga tradición en el derecho civil catalán y ha sido habitual aludir a ella como uno de los

¹ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

rasgos distintivos que han venido diferenciando dicho derecho frente al recogido en el Código Civil español.

El antecedente inmediato de la regulación de la usucapión que establece el Libro V CCCat lo constituye el artículo 342 CDCC, precepto escueto en el que había venido a resumirse la normativa tradicional del derecho civil catalán en torno a la institución. En rigor, en este precepto se establecía tan sólo el plazo de tiempo que debía durar la posesión *ad usucapionem* para convertir al poseedor en titular del derecho en cuyo concepto poseía; para regular todas las demás circunstancias que afectan a este título adquisitivo era preciso acudir a la aplicación supletoria de las disposiciones correspondientes contenidas en el Código Civil español y ello siempre y cuando no fueran contrarias a los principios generales del ordenamiento jurídico catalán (arg. ex DF 4.^a CDCC).

Pues bien, modificando radicalmente esta situación, el Código Civil catalán establece ahora una regulación completa y sistemática de la usucapión. A ella parece referirse –aun cuando no la menciona expresamente– el Preámbulo de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, cuando alude a la subsistencia dentro del Libro V CCCat, si bien «actualizadas profundamente, [de] instituciones tradicionales en el derecho catalán, algunas de ascendencia romana, ..., y otras de origen medieval» (apartado II, 3). En este proceso de actualización –y ahora sí refiriéndolo concretamente a la usucapión– el mismo Preámbulo señala, como novedades destacadas, la reducción de los plazos de la posesión para usucapir a tres años para los bienes muebles y a veinte para los inmuebles y los preceptos dedicados a su interrupción y suspensión, circunstancia esta última que constituye asimismo una novedad dentro del ordenamiento jurídico español (apartado III, 5).

La existencia de estas novedades justificaría por sí sola el estudio de la institución. A ello hay que añadir que las disposiciones del Código Civil catalán excluyen la aplicación supletoria de la legislación estatal y de ahí que el estudio que se realiza no se circunscriba única y exclusivamente a dichas novedades, sino que se refiera a la totalidad de la regulación establecida por el Código catalán, con la única pretensión de tratar de ofrecer una visión de conjunto de la misma y señalar sus características más relevantes².

² En junio de 2003, poco antes de la publicación del Proyecto de Ley correspondiente al Libro V CCCat en el *BOPC* núm. 451, de 30 de julio de 2003, el «*Observatori de Dret Privat de Catalunya*» publicó también los *Treballs preparatoris del Llibre cinqué del Codi civil de Catalunya*. «*Els drets reals*», Barcelona, 2003, en los que se recogen el texto articulado de lo que entonces era Anteproyecto y los comentarios explicativos de los miembros de la *Secció de Dret Patrimonial* encargados de su redacción, así como también las fuentes en que se inspiró dicha redacción. Por lo que respecta a los preceptos relativos a la

2. LA USUCAPIÓN COMO TÍTULO ADQUISITIVO

El artículo 531-23 CCCat establece la definición o concepto legal de «usucapión»³. De la definición contenida en este precepto se desprende la consideración de la usucapión como un «título adquisitivo», expresión técnicamente más correcta que la de «modo de adquirir» recogida en la rúbrica del precepto, entendiendo por «título adquisitivo» el hecho jurídico cuyo efecto es el nacimiento o la constitución de un derecho real a favor de una persona que, como consecuencia de ello, se convierte en titular del mismo.

Dentro de la sistemática del Libro V CCCat, la usucapión es un título adquisitivo de carácter general, en el sentido de que no se circunscribe o limita a la adquisición del derecho de propiedad, como sucede con los títulos adquisitivos «exclusivos» de este derecho, constituidos por la accesión y la ocupación (cfr. Preámbulo Ley 5/2006, de 10 de mayo, apartado III, 5 y 8). Ahora bien, dentro de los títulos adquisitivos «generales», la usucapión presenta una característica que la diferencia de la donación y de la sucesión y que comparte con la tradición, la cual restringe ese pretendido carácter general que el legislador le atribuye. En efecto, y en la medida en que la usucapión es un título adquisitivo «basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes», no se vincula a la adquisición de cualquier derecho real, sino tan sólo a la de «la propiedad o de un derecho real posesorio», o dicho de forma más sencilla, a la de los derechos reales posesorios única y exclusivamente.

3. EL OBJETO DE LA USUCAPIÓN: LOS DERECHOS REALES POSESORIOS

Presupuesto que la usucapión se basa «en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes», parece evidente que su

usucapión —que luego se incorporarían a la versión definitiva del Libro V sin que se aprecien sustanciales diferencias de contenido—, las fuentes legales de referencia las constituyen el Código Civil del Quebec y el Código Civil español, y, en menor medida, los Códigos Civiles portugués, francés y holandés. En cuanto a la bibliografía utilizada, se cita mayoritariamente doctrina extranjera: JOURDAIN, *Les biens*; TERRÉ-SIMLER, *Droit civil. Les biens*; SACCO-CATERINA, *Il possesso*; con carácter más específico, se alude a DUMAIS, *La prescription*. Por lo que hace referencia a la doctrina española, y salvo una cita a ALAS-DE BUEN-RAMOS, *De la usucapión*, las demás lo son a obras generales: Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.^o

³ El artículo 531-23.1 CCCat señala, en efecto, que «[l]a usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes, de acuerdo con lo establecido en la presente sección».

objeto lo han de constituir –como el propio artículo 531-23.1 CCCat destaca y anuncia ya el artículo 522-6 CCCat– la propiedad y los derechos reales posesorios o, con mayor precisión y en la medida en que la propiedad es un derecho real de estas características, los derechos reales de contenido posesorio sin más. De este modo, estos dos preceptos limitan el ámbito de aplicación de la usucapión a los derechos patrimoniales, excluyendo del mismo a los derechos personales o familiares; y, dentro de los derechos patrimoniales, los mencionados preceptos concretan aún más este ámbito de aplicación: en primer lugar, niegan su procedencia respecto de los derechos de crédito, reduciéndolo a los derechos reales, y, en segundo lugar y dentro de éstos, lo circunscriben finalmente a los derechos reales de carácter posesorio.

El problema estriba en determinar cuáles son estos «derechos reales posesorios» a los que aluden los artículos 522-6 y 531-23 CCCat, puesto que el Libro V CCCat no es demasiado preciso al respecto; es más, en el propio artículo 531-23 CCCat la expresión se utiliza en dos sentidos distintos y ello impide fijar su significado incluso dentro del mismo precepto. En efecto, la contraposición entre los «derechos reales posesorios» del primer párrafo del artículo 531-23 CCCat y los «derechos reales no posesorios» del párrafo tercero debiera permitir establecer, por exclusión, el concepto de unos y otros⁴; pero resulta que no es así y que los «derechos reales no posesorios» de que habla el artículo 531-23.3 CCCat se incluyen dentro de los «derechos reales posesorios» que, según el artículo 531-23.1 CCCat, son susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 531-23 CCCat, son «derechos reales posesorios» y, por tanto, susceptibles de usucapión, todos los derechos reales que comportan la posesión –entendida como relación de utilización directa e inmediata sobre un bien– del objeto sobre el que recaen⁵. Ahora bien, también son susceptibles de usucapión determinados derechos que, sin comportar tal relación, posibilitan sin embargo una utilización mediata del bien que constituye su objeto, como son el derecho de censo y las servidumbres⁶: del censo, el artículo 565-3.c) CCCat destaca expresamente que

⁴ Artículo 531-23.3 CCCat: «El efecto adquisitivo (de la usucapión) no perjudica a los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión para usucapir si los titulares del derecho real no han tenido conocimiento de la usucapión».

⁵ «La posesión –según el artículo 521-1.1 CCCat– es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona.»

⁶ En este sentido, cfr. ya Ferran BADOSA COLL, «Els dos sistemes adquisitius de drets real en el Llibre cinqué del Codi Civil de Catalunya», en Área de Dret Civil Universitat de Girona (Coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Girona, 2007, pp. 89 ss.

puede adquirirse por usucapión, mientras que, por lo que respecta a las servidumbres, la manifestación expresa del artículo 566-2.4 CCCat, excluyendo su adquisición por usucapión, pone de relieve que, institucional y potencialmente, admiten este título adquisitivo, como, por otra parte ha venido manteniendo el propio derecho civil catalán hasta la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

En consecuencia, en el contexto del artículo 531-23.1 CCCat, son usucapibles todos los derechos reales que implican una relación de utilización directa o indirecta respecto del bien al que afectan, mientras que –por el contrario– «no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión», en cuanto «derechos reales no posesorios», única y exclusivamente aquellos derechos reales cuyo contenido no determina relación de utilización alguna –ni siquiera mediata– de su titular con la cosa sobre la que recaen, como sucede, p. ej., en los derechos reales de adquisición (arts. 568-1 y 568-16 CCCat) o en el derecho de hipoteca (arts. 569-27 y 569-30 ss. CCCat).

Ahora bien, la aplicación de este concepto de «derechos reales no posesorios» al artículo 531-23.3 CCCat produce cierta perplejidad. Como se verá más adelante⁷, esta disposición se ocupa de la denominada «usucapión liberatoria» y la oponibilidad o inoponibilidad de esta figura sólo puede predicarse con relación a derechos reales limitados que tengan cierta visibilidad o apariencia que permita conocer su existencia al usucapiente. En cambio, no tiene sentido referida a derechos reales como los de adquisición o de hipoteca, puesto que la posesión del poseedor *ad usucapionem* en ningún caso puede ejercerse de modo tal que permita desconocerlos y liberar así el dominio que adquiere: es impensable una «usucapión liberatoria» frente a una hipoteca o frente a un derecho de retracto, hipótesis que, sin embargo, debería admitirse si se atribuye a estos «derechos reales no posesorios» el significado que se desprende de la interpretación a contrario de la expresión «derechos reales posesorios» del artículo 531-23.1 CCCat. De ahí que los «derechos reales no posesorios» de que habla el párrafo tercero del artículo 531-23 CCCat no son los que permite deducir el primer párrafo de este mismo precepto, sino aquéllos que, gozando de una apariencia que los hace susceptibles de ser conocidos, no comportan la posesión –en sentido técnico– del objeto sobre el que recaen; o, dicho de otro modo, aquéllos en los que, en rigor, lo que se posee es el propio derecho, comportando éste una relación de utilización mediata o indirecta con la cosa que cons-

⁷ Cfr. *infra* epígrafe 5.2 del presente trabajo.

tituye su objeto, incluyéndose, por tanto, dentro de los «derechos reales posesorios» susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

En definitiva, pues, «derechos reales posesorios», a efectos de que su titularidad sea susceptible de ser adquirida por usucapión, lo son todos los que determinan una relación de utilización inmediata o mediata entre su titular y la cosa que constituye su objeto, pudiéndose considerar como tales –en abstracto y desde un punto de vista teórico– de acuerdo con la regulación del Libro V CCCat, los siguientes: el derecho de propiedad (art. 541-1 CCCat), el de usufructo (art. 561-2 CCCat), el uso (art. 562-6 CCCat) y la habitación (art. 562-9 CCCat), el derecho de superficie (art. 564-1 CCCat), el censo [art. 565-3.c) CCCat], el derecho de vuelo (art. 567-1 CCCat), el derecho de retención (art. 569-3 CCCat), la prenda (art. 569-19 CCCat), y el derecho de anticresis (art. 569-23 CCCat).

En cambio, las servidumbres, que tradicionalmente se incluían también –por más que no atribuyan al titular del predio dominante la posesión de la finca gravada– dentro de los derechos susceptibles de usucapión, han quedado ahora excluidas de esta modalidad adquisitiva por disposición expresa del artículo 566-2.4 CCCat, que sanciona de este modo el criterio recogido con anterioridad por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre. Con ellas, ha de excluirse también el derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-1 CCCat), puesto que la razón alegada para negar la usucapión de la servidumbre –dificultad de diferenciar los actos de ejercicio de la misma de los actos meramente tolerados– es igualmente aplicable al derecho de aprovechamiento, cuya regulación –como por otra parte destaca, además, el Preámbulo de la Ley 5/2006, apartado III, 14– «agrupa las antiguas servidumbres personales».

4. LA ESTRUCTURA DE LA USUCAPIÓN

La definición que ofrece el artículo 531-23.1 CCCat de la usucapión permite señalar como componentes de la misma la posesión y el tiempo, y esta circunstancia califica el hecho jurídico en que consiste el título adquisitivo de la usucapión como un hecho jurídico complejo, cuya eficacia resulta de la concurrencia de sus dos elementos integrantes: por una parte, la «posesión de un bien» y, por otra, el transcurso del «tiempo fijado por las leyes».

Por lo que respecta a la posesión, el artículo 521-1.1 CCCat la define como «el poder de hecho sobre una cosa o un derecho». Se trata, pues, de un hecho jurídico que recae o afecta a las cosas y a

los derechos patrimoniales, debiendo destacarse que unas y otros son considerados como «bienes» por el artículo 511-1.1 CCCat. Por tanto, la «posesión del bien» a que alude el artículo 531-23.1 CCCat puede referirse –y ello tiene trascendencia a efectos de determinar qué derechos son susceptibles de adquirirse por usucapión– no sólo a la posesión de una «cosa», sino también a la posesión de un «derecho».

En cuanto al tiempo, o, mejor dicho, al transcurso del mismo, constituye asimismo un hecho jurídico cuya concurrencia es necesaria para que se produzca el efecto adquisitivo consustancial a la usucapión: si quien ostenta el poder de hecho en que consiste la posesión no es titular del derecho en cuyo concepto posee, el mero ejercicio de ese poder de hecho no determina –salvo en el caso especial del artículo 522-8 CCCat– la adquisición de su titularidad, sino que es necesario que dicho ejercicio se prolongue durante un determinado período de tiempo. Por tanto, la consideración del «tiempo» como elemento constitutivo de la usucapión va necesariamente unida a la idea de un «plazo» dentro del cual ha de desarrollarse la posesión y sólo transcurrido y consumado dicho plazo se producirá la adquisición de la titularidad del derecho en cuyo concepto se ha ejercido esa posesión.

4.1 La posesión como elemento componente del título adquisitivo de la usucapión

La usucapión es un título adquisitivo que, tal y como establece el artículo 531-23.1 CCCat, se basa en «la posesión [de un] bien durante el tiempo fijado por las leyes», de manera que esta posesión constituye uno de los elementos que integran el título adquisitivo⁸. Por otra parte, para que la posesión lleve a la usucapión «del derecho de propiedad o de los demás derechos posesorios», es necesario que reúna unos determinados requisitos (cfr. art. 522-6 CCCat), de cuya fijación se encarga el artículo 531-24.1 CCCat. Uno y otro precepto ponen, pues, de manifiesto de manera inequívoca que la posesión –y sólo la posesión– posibilita la adquisición de los derechos reales posesorios, puesto que sólo el ejercicio de hecho de un derecho de tales características sobre un bien por parte de quien no ostenta su titularidad permite a quien lo realiza convertirse en titular.

⁸ Sobre la posesión y su relación con la usucapión, sigue siendo de consulta imprescindible, por más que se refiera a la regulación del Código Civil español, Antonio Manuel MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.

En este sentido, la afirmación del párrafo segundo del artículo 531-24 CCCat de que «[l]a mera detentación no permite la usucapión» es absolutamente superflua. En primer lugar, porque la «mera detentación» (cfr. art. 521-1.2 CCCat) no es posesión y, por tanto, en modo alguno puede permitir o dar lugar a la usucapión. Y, en segundo lugar, porque según el artículo 521-1.2 CCCat, la detentación «solo produce los efectos que para cada caso concreto establecen las leyes». La detentación no determina, por regla general, ningún efecto jurídico y, si lo produce, es sólo el que en cada supuesto prevé expresamente la ley. La ley, por tanto, ha de establecer cuándo produce efectos la detentación y cuáles son esos efectos; pero no ha de decir –como hace el art. 531-24.2 CCCat– qué efectos jurídicos «no produce» la detentación, puesto que guardando silencio al respecto es suficiente.

4.1.1 LOS REQUISITOS DE LA POSESIÓN: REQUISITOS PROPIOS E IMPROPIOS

Al enumerar los requisitos que deben concurrir en la posesión para que ésta sea apta para usucapir, el párrafo primero del artículo 531-24 CCCat destaca que dicha posesión «debe ser en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida y no necesita título ni buena fe». El precepto enumera, pues, una serie de características que predica de la posesión *ad usucapionem*, sin más criterio distintivo que el de que su concurrencia sea o no precisa para su calificación como tal: es necesario que la posesión sea «en concepto de titular del derecho», que sea «pública», que sea «pacífica» y, finalmente, que sea también «ininterrumpida»⁹; en cambio, no es necesario que esté amparada en un «título», ni tampoco que sea de «buena fe».

Pues bien, a partir de la enumeración que efectúa el artículo 531-24.1 CCCat, es posible diferenciar entre requisitos *proprios* y requisitos *impropios* de la posesión *ad usucapionem*. Los primeros se predicán de la posesión en orden a establecer su eficacia adquisitiva y su concurrencia es ciertamente necesaria para que la posesión pueda ser calificada de «posesión *ad usucapionem*». En cambio, los requisitos *impropios*, aunque afectan igualmente a la posesión, no determinan en rigor la eficacia adquisitiva de la misma, sino que la modulan y afectan al plazo de tiempo que ha de durar dicha posesión para que se consume la usucapión y, en su caso, a las consecuencias que derivan de la liquidación del estatuto

⁹ Estos requisitos están recogidos también en el artículo 1941 CC español, de aplicación supletoria en Cataluña hasta la entrada en vigor del Libro V CCCat.

posesorio cuando el poseedor «pierde la posesión a favor de otra persona que tiene un mejor derecho a poseer» (cfr. art. 522-2 y ss. CCCat). Los requisitos *proprios* son, pues, efectivamente requisitos de la posesión *ad usucapionem*, mientras que los requisitos *impropios* son tan sólo requisitos que inciden en la eficacia de la misma y que, si bien se predicen también de la posesión, no son, en cambio, requisitos adquisitivos en sentido estricto. De ahí que el artículo 531-24.1 CCCat, después de afirmar que la posesión para usucapir debe ser «en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida», señalando así los requisitos que deben concurrir para que produzca su eficacia adquisitiva, añade también que dicha posesión «no necesita título ni buena fe», puesto que estas dos últimas características no son precisas para que la posesión tenga efecto adquisitivo.

Ahora bien, la manifestación de que la posesión para usucapir «no necesita título ni buena fe» no se orienta sólo a destacar que ni el «título» ni la «buena fe» determinan la eficacia adquisitiva de la posesión, sino que responde también y sobre todo a otra finalidad: confirmar que tanto el uno como la otra carecen asimismo de relevancia en uno de los posibles ámbitos en el que están llamados a desplegar sus efectos, es decir, con relación a la duración de la posesión *ad usucapionem* (cfr. art. 531-27 CCCat).

4.1.1.1 *Los requisitos propios: posesión en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida*

Los requisitos de los que depende la eficacia adquisitiva de la posesión configuran una modalidad o especie particular de posesión: la posesión *ad usucapionem*. El artículo 522-6 CCCat destaca ya esta idea, puesto que pone de manifiesto que la posesión en la que no concurren «los requisitos establecidos por el artículo 531-24» no es apta para la usucapición; la eficacia adquisitiva no se predica de cualquier posesión, sino única y exclusivamente de aquélla que reúne dichos requisitos. Con todo y por lo que respecta a alguno de ellos, no constituye tanto un requisito de eficacia adquisitiva de la posesión, como un verdadero requisito de existencia de la posesión, de manera que su ausencia no significa sólo que la posesión de que se trate carezca de efectos adquisitivos, sino que no es siquiera posesión.

a) Posesión en concepto de titular del derecho

El primer requisito al que alude el artículo 531-24.1 CCCat consiste en que la posesión sea «en concepto de titular del derecho» o, lo

que es lo mismo, que su ejercicio se adecúe a las facultades que corresponden a la titularidad del derecho que se ostenta de hecho sobre el bien poseído. Tal y como está formulado, este requisito no lo es sólo de la «posesión para usucapir», sino de la misma «posesión»: toda posesión, para serlo, ha de ejercitarse en un determinado concepto posesorio, puesto que el mero «ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad ... de actuar como titular del derecho» es un supuesto de detentación (art. 521-1.2 CCCat).

Con todo, la exigencia del artículo 531-24.1 CCCat ha de entenderse en el sentido de que ese «concepto de titular del derecho» en virtud del cual se posee se refiere al derecho que se está usucapiendo, es decir, al derecho de propiedad o a uno de los derechos reales posesorios a los que alude el artículo 531-23.1 CCCat. Desde este punto de vista, dicha exigencia sí constituye un requisito propio y específico de la posesión *ad usucapionem*, puesto que no todo concepto posesorio comporta efectos adquisitivos: la posesión de un bien en el concepto correspondiente a un derecho posesorio de naturaleza personal –p. ej., posesión en concepto de comodatario– no convierte al poseedor en titular de ese derecho por mucho tiempo que dure su posesión. Sólo la posesión en «concepto de titular del derecho», cuando ese derecho es un derecho real de contenido posesorio, es una posesión apta para usucapir; ahora bien, siendo ello así, hubiera sido tal vez más adecuado conservar la fórmula del artículo 342 CDCC, «posesión en concepto de dueño», expresión que comprende la posesión tanto en concepto de titular del derecho de propiedad como de titular de cualquier derecho real de contenido posesorio.

b) Posesión pública

El segundo requisito del artículo 531-24.1 CCCat exige que la posesión para usucapir sea una posesión «pública». Ahora bien, toda posesión, en cuanto pone de manifiesto la aparente existencia de un derecho, ha de ser pública: de acuerdo también con el artículo 521-1.2 CCCat, «el ejercicio de un poder de hecho... sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho» constituye igualmente un supuesto de detentación. En este sentido, en el Código Civil catalán no existe ni puede existir una «posesión no pública», puesto que no sería posesión, sino mera detentación.

Ciertamente, en el ámbito de la posesión *ad usucapionem*, la exigencia de que la posesión sea «pública» puede tener un significado específico, referido a que sea conocida o pueda ser conocida por el titular del derecho que se está usucapiendo, de modo que pueda oponerse a ella e interrumpir la usucapión en curso. Con

todo, esta «voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho» que exige el artículo 521-1.2 CCCat a todo poseedor ha de ser suficiente a mi juicio para permitir también a dicho titular la posibilidad de conocer la posesión ejercitada sobre el bien que le pertenece y, por tanto, el requisito de la «publicidad» no es tanto un requisito de la posesión *ad usucapionem* exclusivamente, como un requisito que se predica de toda posesión.

c) Posesión pacífica

El tercero de los requisitos que menciona el artículo 531-24.1 CCCat es el de que la posesión *ad usucapionem* sea «pacífica». A mi juicio, en el derecho civil catalán, esta característica se relaciona con el ejercicio del poder de hecho en que consiste la posesión y no se refiere, por tanto, a su adquisición, razón por la cual no impide que una posesión adquirida con violencia pueda ser «pacífica», una vez cese la oposición del poseedor anterior (arg. *ex art.* 521-2.2 CCCat).

En este sentido, puede entenderse que la posesión es «pacífica» cuando se ejerce sin contradicción o sin que ese ejercicio se vea perturbado, ya sea por un tercero, ya sea por el propio titular del derecho que se usucape. Ciertamente, cuando la contradicción o la perturbación se traducen en una pérdida o en una privación de la posesión, entonces ésta no sólo pierde su carácter «pacífico», sino que además cesa y deja de existir. Ahora bien, no siempre ha de ser así y por esta razón ese carácter constituye realmente un requisito de la posesión *ad usucapionem*, pero no de la posesión en cuanto tal. Así, p. ej., cuando el titular del derecho que se usucape requiere notarialmente al usucapiente que reconozca su título posesorio [cfr. art. 531-25.1.d) CCCat], este requerimiento interrumpe la usucapición porque la posesión del usucapiente deja de ser «pacífica», pero no afecta al poder de hecho que ejerce, que puede subsistir.

Un supuesto dudoso con relación al carácter «pacífico» de la posesión se origina a partir de lo dispuesto en el artículo 521-4.2 CCCat¹⁰. En efecto, si la controversia a que se refiere el precepto se suscita entre dos o más poseedores *ad usucapionem* en igualdad de condiciones, de manera que el objeto de la posesión se deposita judicialmente, cabe plantear si esto supone que sus respectivas posesiones han dejado de ser «pacíficas» y que, por tanto, ya no

¹⁰ Según el artículo 521-4.2 CCCat, «[s]i dos o más personas pretenden la posesión y los conceptos posesorios no son compatibles, se prefiere a la persona que tiene la posesión en el momento de la pretensión; si existen dos o más poseedores, al más antiguo; si las fechas de las posesiones coinciden, a quien presente un título, y si todas estas condiciones son iguales, el objeto de la posesión se deposita judicialmente mientras se decide la posesión o propiedad de acuerdo con lo establecido por las leyes».

son aptas para usucapir. Pero también puede pensarse que esta consecuencia sólo se producirá con relación al poseedor al que —una vez se ha decidido acerca de la posesión de acuerdo con lo establecido en las leyes— se niegue derecho a poseer; en cambio y por lo que respecta al poseedor al que se reconozca mejor derecho y se le restituya la posesión, el supuesto puede configurarse como de suspensión de la usucapión, por más que no esté regulado en el artículo 531-26 CCCat, o, mejor, como una situación que no afecta a la continuidad de su posesión, retrotrayéndose la reanudación del cómputo del plazo de usucapión al momento en que se inició la controversia.

d) Posesión ininterrumpida

La posesión, en cuanto ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho es, por definición, duradera y no se agota en un acto o en un conjunto de actos, sino que origina una situación posesoria mientras se mantiene y conserva (cfr. art. 521-1.1 CCCat). El poder de hecho en que consiste la posesión se ha de ejercitar de forma continuada para que produzca los efectos que le atribuye la ley, por más que esta exigencia tenga una manifestación específica con relación a su eficacia adquisitiva: la posesión ha de durar y ha de ejercitarse ininterrumpidamente «durante el tiempo fijado por las leyes» (art. 531-23.1 CCCat). En este sentido, pues, la interrupción en el ejercicio de la posesión afecta no sólo a la usucapión en curso, sino a la misma existencia de la posesión, pudiendo dar lugar a su pérdida o extinción [cfr. art. 521-8.b) y e) CCCat], de modo que el carácter ininterrumpido de la posesión constituye no sólo un requisito de la posesión *ad usucapionem*, sino de la propia posesión considerada en abstracto.

Ahora bien, el carácter ininterrumpido que predica el artículo 531-24.1 CCCat de la posesión para usucapir no sólo se refiere al hecho posesorio, sino también a los demás requisitos que se refieren al mismo, es decir, los relativos al concepto posesorio y a la exigencia de que la posesión sea «pública y pacífica». Por ello y en particular cuando la interrupción afecte al concepto posesorio y al carácter «pacífico» de la posesión, esta circunstancia no impide necesariamente la continuidad y subsistencia del hecho posesorio, si bien incide en la consumación de usucapión: de ahí, en definitiva, que el requisito de que la posesión sea «ininterrumpida» lo sea de la posesión *ad usucapionem*.

El carácter ininterrumpido de la posesión *ad usucapionem* se ve favorecido por sendas disposiciones relativas a la continuidad posesoria. En primer lugar, por la «afirmación de continuidad» que pro-

clama el artículo 521-6.3 CCCat en los supuestos en los que el ejercicio de la posesión «esté impedido o interrumpido temporalmente»¹¹. Y, en segundo lugar, por la «presunción de continuidad» que establece el párrafo tercero del propio artículo 531-24 CCCat, precepto que reproduce de forma prácticamente literal lo ya dispuesto por el artículo 521-6.1 CCCat y que, por ello, puede considerarse en buena medida superfluo¹². Con todo, puede justificarse si se considera –en consonancia con lo que se acaba de apuntar en el párrafo anterior– que dicha continuidad no sólo se presume respecto del puro hecho posesorio, sino también de los requisitos de la posesión apta para usucapir; y si bien el propio artículo 521-6 CCCat presume en su párrafo segundo la subsistencia del concepto posesorio, falta una declaración similar al menos con relación al carácter «pacífico» de la posesión *ad usucapionem*.

Por último y en la medida en que la interrupción de la posesión apta para usucapir no determina necesariamente la extinción o el cese del hecho posesorio, sus consecuencias se manifiestan en el segundo de los elementos componentes de la usucapición: el «tiempo fijado por las leyes» (art. 531-23.1 CCCat), provocando la paralización de su cómputo y permitiendo desconocer el plazo transcurrido, de modo que deba comenzar a correr de nuevo y desde el principio el período de tiempo legalmente establecido (art. 531-25.2 CCCat).

4.1.1.2 *Los requisitos impropios: la irrelevancia del título y de la buena fe*

La afirmación del artículo 531-24.1 CCCat de que la posesión para usucapir «no necesita título ni buena fe» constituye una obviedad, porque el efecto adquisitivo se produce única y exclusivamente como consecuencia de la posesión pacífica en concepto de titular del derecho real en cuyo concepto se posee durante el plazo de tiempo fijado por la ley; otra cosa es si las consecuencias jurídicas de esta posesión han de venir o no moduladas por la existencia de un título que la legitime y por la concurrencia de la buena o de la mala fe y a ello es probablemente a lo que ha querido referirse el legislador catalán en este punto.

¹¹ El artículo 521-6.3 CCCat dispone, en este sentido, que «[s]e entiende que la posesión es continuada aunque su ejercicio esté impedido o interrumpido temporalmente, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 521-8. e.», que se refiere a la pérdida de la posesión por la posesión de otra persona, si esta nueva posesión dura más de un año.

¹² En efecto, el artículo 531-24.3 CCCat establece que «[s]e presume que la persona que adquiere por usucapición ha poseído el bien de forma continuada desde que adquirió la posesión», mientras que, por su parte, el artículo 521-6.1 CCCat señala, en su primer inciso, que «[s]e presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión».

La irrelevancia del justo título y de la buena fe en el ámbito de la usucapión ha sido tradicionalmente destacada como una de las características que diferencian la regulación del derecho civil catalán frente a la del derecho civil de Castilla¹³, permitiendo negar la vigencia de la contraposición entre la usucapión *ordinaria* y la usucapión *extraordinaria* (cfr. arts. 1955, 1957 y 1959 CC español) en el derecho catalán. En consonancia con esta idea, el artículo 342 CDCC de 1960 señalaba que «[l]a usucapión del dominio y de los demás derechos reales sobre cosas inmuebles ... tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe», añadiendo inmediatamente a continuación que «[l]o mismo será aplicable al dominio y demás derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años». La afirmación del artículo 531-24.1 CCCat –aunque no tiene exactamente el mismo significado– parece responder, pues, a la finalidad de respetar y conservar un criterio que ya establecía la Compilación.

Ahora bien, en la actualidad, esta finalidad puede ser cuestionada. Ciertamente, la no concurrencia del «justo título» puede justificarse considerando que responde a criterios de política legislativa y teniendo en cuenta, además, que «el repaso de la jurisprudencia demuestra que el persistente desconocimiento de lo que históricamente significó justo título para la usucapión ha creado más problemas que resuelto»¹⁴. En cambio, la no concurrencia de la «buena fe» resulta más difícil de explicar, puesto que choca con los principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán vigente y con la regulación que establece en la actualidad el Código Civil catalán en materia de posesión y, dentro de ella, y en la medida en que dicha regulación le es igualmente aplicable, en materia de posesión *ad usucapionem*.

En efecto, entre los principios que inspiran el derecho civil catalán ocupa lugar destacado el principio de la buena fe, positivizado en el artículo 111-7 CCCat. Este principio tiene también especial trascendencia en la regulación de los derechos reales recogida en el Libro V CCCat y, así, al referirse a los «principios básicos» que inspiran esta regulación, el Preámbulo de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, alude expresamente al de la buena fe, que –dice– «se presume siempre y que se *manifiesta en la regulación* de la posesión

¹³ En efecto, Durán y Bas calificaba ya esta irrelevancia de «diferencia muy importante» entre la legislación catalana y la castellana: cfr. Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pp. 283 y 286.

¹⁴ Vid. Ángel CARRASCO PERERA, «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español», en Área de Dret Civil Universitat de Girona (Coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, cit., p. 74.

[y] *de los títulos de adquisición ...* y, en general, en el hecho de que *nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe*» (apartado II, 4; las cursivas son mías). Desarrollando estas ideas, el principio de la buena fe y la sanción a la mala fe están efectivamente presentes en los preceptos que regulan la posesión y, en particular, en los que se ocupan de la posesión *ad usucapionem*: así, p. ej., el régimen jurídico de la liquidación del estatuto posesorio –situación a la que aboca la pérdida de la posesión por parte del poseedor *ad usucapionem* «a favor de otra persona que tiene un mejor derecho a poseer» (art. 522-2 CCCat)– está inspirado por la contraposición entre la buena y la mala fe posesorias, otorgando un trato especialmente beneficioso al poseedor de buena fe y negando toda protección jurídica al poseedor de mala fe.

Por tanto, no es cierto que la buena o la mala fe posesorias no tengan trascendencia en la usucapión, puesto que la tienen cuando se interrumpe y el poseedor *ad usucapionem* debe subordinar su posesión al poseedor con mejor derecho o al titular del derecho. Y teniéndola en este ámbito, no se justifica que la buena o la mala fe sean irrelevantes en el otro ámbito en el que pueden desarrollar sus efectos, que es el de la duración del plazo de tiempo requerido para la consumación de la usucapión. Si, además, la pretensión del legislador catalán ha sido privar de protección jurídica a quien actúa de mala fe siempre y en todo caso, resulta contradictorio equiparar la posición jurídica del poseedor de mala fe a la del poseedor de buena fe en cuanto al tiempo que debe durar la posesión de uno y otro para producir su efecto adquisitivo, estableciendo un plazo único e idéntico para ambas.

Ciertamente, es admisible y puede ser una opción de política legislativa prescindir de la contraposición entre la buena fe y la mala fe posesorias, como hizo la Compilación de 1960, que partía de la consideración de la usucapión como una institución aislada dentro de un conjunto heterogéneo de «peculiaridades sociales y jurídicas» (Exposición de Motivos CDCC 1960, párrafo XXI). Ahora bien, cuando esta institución se inserta en un ordenamiento jurídico que erige como uno de sus principios rectores el de la buena fe y cuando este principio inspira la regulación de la posesión y de la adquisición de los derechos reales, desconocer la trascendencia de la buena fe en la usucapión y prescindir de sus posibles consecuencias en orden a la fijación del plazo de tiempo necesario para la consumación de su eficacia adquisitiva supone una contradicción entre normas y principios, incompatible con la misma noción de ordenamiento jurídico.

4.1.2 LA UNIÓN DE POSESIONES

El último párrafo del artículo 531-24 CCCat permite al usucapiente «unir su posesión a la posesión para usucapir de sus causantes», regulando como facultad lo que el artículo 521-6.1 CCCat contempla con carácter meramente presuntivo¹⁵. En esta «unión de posesiones» que posibilita el artículo 531-24.4 CCCat confluyen dos figuras históricamente diferenciadas como son la *successio* y la *accessio possessionis*. La primera opera como consecuencia de una sucesión a título universal y se produce cuando el poseedor actual es heredero del poseedor *ad usucapionem*, una vez que ha aceptado la herencia y ha entrado en posesión de los bienes que la integran (cfr. art. 6 CS), mientras que la segunda se produce cuando «la persona que adquiere por usucapión» lo es en virtud de una transmisión o sucesión a título particular, originada en un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* otorgado por el usucapiente.

En rigor, el artículo 531-24.4 CCCat parece referirse a esta última, puesto que alude a dos posesiones diferenciadas –la de «la persona que adquiere por usucapión» y la de su causante– que, precisamente por ser distintas, pueden unirse a voluntad del poseedor actual, de forma que éste puede beneficiarse del plazo de tiempo ya transcurrido correspondiente a la posesión anterior, sin que exista interrupción entre dicha posesión y la que él ostenta. En cambio, en la *successio possessionis* no existe dualidad de posesiones: se trata de una sola y misma sucesión –la del causante– en la que –como indica el art. 6 CS– su heredero «continúa sin interrupción».

En cualquier caso, la «unión de posesiones» exige la presencia de un «causante» y presupone la existencia de una sucesión o transmisión de la que deriva la posesión del usucapiente. Esto quiere decir, por tanto, que si «la persona que adquiere por usucapión» ostenta la condición de poseedor como consecuencia de haber privado de su posesión al poseedor anterior sin o contra su voluntad [cfr. art. 521-8.e) CCCat], no podrá aprovechar el plazo de usucapión transcurrido a favor de este último, debiendo empezar a correr de nuevo y completamente el cómputo de dicho plazo, a partir del momento en que se adquirió la posesión y, en su caso, cesó la oposición del poseedor anterior (arg. *ex* art. 521-2.2 CCCat)¹⁶.

¹⁵ En efecto, el artículo 531-24.4 CCCat establece que «[l]a persona que adquiere por usucapión puede unir su posesión a la posesión para usucapir de sus causantes»; por su parte, el artículo 521-6.1 CCCat no sólo «presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión», sino que presume también «que pueden unir su posesión a la de sus causantes».

¹⁶ Todo ello, por supuesto, sin que obste la aplicación de lo dispuesto en el artículo 531-27.2 CCCat y la necesidad de atender a la exigencia establecida en dicho precepto: cfr. *infra* epígrafe 4.2.1.3 de este trabajo.

4.2 El tiempo como elemento componente del título adquisitivo de la usucapión

La usucapión es un título adquisitivo específico de los derechos reales posesorios basado –dice el art. 531-23.1 CCCat– «en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las leyes». De esta afirmación resulta –como ya se ha dejado apuntado– que el título adquisitivo en que consiste la usucapión está constituido por dos componentes: la «posesión del bien» y el «tiempo fijado por las leyes».

La función que el «tiempo» desarrolla en el título adquisitivo es doble: por una parte, es un elemento integrante del mismo; y por otra, define y califica al otro elemento componente, la posesión, en la medida en que ésta, entendida como «poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona» (cfr. art. 521-1.1 CCCat), requiere necesariamente una cierta duración temporal. La relevancia del tiempo con relación a la posesión en abstracto se manifiesta en la idea de la «continuidad» en la misma (art. 521-6 CCCat), mientras que, por lo que respecta específicamente a la posesión *ad usucapionem*, se concreta en la exigencia de que dicha posesión sea «ininterrumpida» (art. 531-24.1 CCCat, que refuerza esta característica con la presunción –también de continuidad– del párrafo tercero del propio precepto).

Ahora bien, además de desarrollar esta función, el «tiempo» es un componente del título, distinto de la posesión a la que califica. La eficacia adquisitiva de la posesión *ad usucapionem* sólo se consume si esta posesión continuada e ininterrumpida se ejercita durante un determinado plazo de tiempo y sólo una vez transcurrido este plazo de tiempo el usucapiente se convierte en titular del derecho en cuyo concepto ha poseído. La fijación de este plazo de tiempo corresponde a la ley –a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la prescripción (cfr. art. 121-3 CCCat), la voluntad de las partes no incide en la determinación de su duración– y de ello se ocupa el artículo 531-27 CCCat.

4.2.1 LOS PLAZOS DE USUCAPIÓN

El artículo 531-27 CCCat se orienta a establecer la duración del plazo de usucapión y lo hace atendiendo únicamente a la distinta naturaleza –mueble o inmueble– de los bienes que constituyen el objeto del derecho que se usucape, pero sin tomar en consideración la existencia o no de un título que justifique la posesión y la con-

currencia de buena o mala fe en el poseedor¹⁷. El precepto sigue, así, un criterio ya tradicional en el derecho civil catalán, ratificado por el artículo 342 CDCC, y esta es la razón por la que probablemente el artículo 531-24.1 CCCat afirma que la posesión para usucapir «no necesita título ni buena fe».

Como ya se ha señalado¹⁸, esta afirmación –que para ser fiel a lo dispuesto en el artículo 342 CDCC hubiera debido recogerse en el artículo 531-27 CCCat y no en el artículo 531-24.1 CCCat– es discutible en el contexto del actual Libro V CCCat. Ahora bien, en cualquier caso, de ella resulta que en el derecho civil catalán no opera la distinción entre usucapición ordinaria y usucapición extraordinaria que sancionan los artículos 1955, 1957 y 1959 CC español. En este ámbito, por consiguiente, el poseedor de buena fe y el de mala fe están sometidos al mismo régimen, fijando la ley sendos plazos de usucapición, uno para los bienes muebles y otro para los inmuebles, que son aplicables tanto a uno como a otro poseedor: pese a que el Preámbulo de la Ley 5/2006 proclama que «nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe» (apartado II, 4), el artículo 531-27 CCCat desconoce y niega toda trascendencia a la mala fe del poseedor *ad usucapionem*, al equipararlo al poseedor de buena fe.

En cuanto a la duración de dichos plazos, el legislador, siguiendo los criterios imperantes en las legislaciones que le han servido de inspiración, ha optado por reducir los establecidos en el artículo 342 CDCC, fijando en tres años el correspondiente a los bienes muebles y en veinte años el correspondiente a los bienes inmuebles (cfr. Preámbulo de la Ley 5/2006, apartado III, 5), duración que –por otra parte– coincide con la de los plazos de la usucapición ordinaria que, para unos y otros, establecen los artículos 1955.1 y 1957 CC español.

4.2.1.1 *La usucapición de los bienes muebles*

El artículo 531-27.1 CCCat señala que el plazo de usucapición de los derechos reales posesorios cuyo objeto es un bien mueble es de tres años, frente a los seis que preveía el artículo 342 CDCC. Ahora bien, en principio, el ámbito de aplicación de la usucapición mobiliaria en el derecho civil catalán aparece notablemente restringido por la disposición contenida en el artículo 522-8.1 CCCat, en virtud de la cual, quien adquiere la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso se convierte de forma directa e inmediata –sin

¹⁷ Así, el párrafo primero del artículo 531-27 CCCat se limita simplemente a establecer que «[l]os plazos de posesión para usucapir son de tres años para los bienes muebles y de veinte para los inmuebles».

¹⁸ Cfr. *supra* epígrafe 4.1.1.2 de este trabajo.

necesidad de recurrir a la usucapión— en titular «del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho». El precepto, que pretende incorporar al ordenamiento jurídico catalán una norma similar a la que establece el artículo 464 CC español, presenta sin embargo, respecto de éste, una diferencia importante: mientras que en el artículo 464 CC español «la posesión *equivale* al título», en el artículo 522-8 CCCat «la posesión *es* título», de modo que el adquirente se convierte en titular por el mero hecho de serlo y no precisa usucapir el derecho en cuyo concepto posee porque ya es titular del mismo¹⁹. En consecuencia, pues, y presupuesta la existencia de un negocio transmisivo otorgado por quien no tuviese poder de disposición suficiente sobre el bien que enajena, la usucapión se concretará a los supuestos de adquisiciones a título gratuito y a las realizadas a título oneroso de mala fe, es decir, aquellas en las que no existe por parte del adquirente una «creencia justificable de la titularidad del derecho» que adquiere (arg. *ex art.* 521-7.1 CCCat).

Con todo, el párrafo tercero del mismo artículo 522-8 CCCat desvirtúa el carácter general de la norma establecida en el párrafo primero al permitir que «[l]os propietarios de un bien mueble perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente pued[a]n reivindicarlo de los poseedores que tienen su posesión efectiva». El significado de la disposición es claro: cuando lo que se adquiere es un «bien mueble perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente», el adquirente, por más que lo sea de buena fe y a título oneroso, no se convierte en titular del derecho en que se basa el concepto posesorio y no es sino un poseedor *ad usucapionem* que debe poseer el bien durante el plazo fijado por la ley, al que el propietario del mismo puede reclamar su restitución mientras la usucapión no se consume.

Ahora bien, así planteada, la posibilidad de reivindicar el bien mueble es tan amplia que, prácticamente, hace inviable la aplicación de la regla general. Desde este punto de vista, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 522-8.1 CCCat, convirtiendo al adquirente en titular del derecho en cuyo concepto posee sin que su adquisición pueda ser atacada, sólo procedería en dos supuestos²⁰. En primer lugar, en el del «poseedor anterior», propietario, que enajena una cosa propia, infringiendo una prohibición de disponer;

¹⁹ Sobre el artículo 522-8 CCCat, cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña», *ADC*, 2007, pp. 15 ss.

²⁰ Cfr. ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña», *cit.*, pp. 28-29.

y, en segundo lugar, en el de los negocios dispositivos anulables, resolubles o rescindibles, con relación a los cuales puede afirmarse –a tenor de lo que dispone el propio precepto– que quien adquiere a título oneroso y de buena fe se convierte en titular del derecho en cuyo concepto posee, sin que el propietario, que fue precisamente quien enajenó el bien, pueda reivindicarlo.

Por último, conviene apuntar que la reivindicabilidad de los bienes muebles «perdidos, hurtados, robados o apropiados indebidamente» no se admite cuando éstos se hubieran adquirido «de buena fe y a título oneroso en subasta pública o en establecimiento dedicado a la venta de objetos similares a dicho[s] bien[es] y establecido legalmente». La razón de ser de la disposición varía en uno y otro caso: si la adquisición se produce en un establecimiento mercantil, la irreivindicabilidad es consecuencia de la «prescripción de derecho» regulada en el artículo 85 CCO y de la conversión del adquirente en titular; en cambio, si la adquisición se realiza por medio de subasta pública, la irreivindicabilidad obedece a razones de política legislativa pero no significa que el adquirente se haya convertido en titular, debiendo recurrir a la usucapión para serlo²¹.

En cualquier caso, la brevedad del plazo de la usucapión mobiliaria suscita alguna cuestión en cuanto a su armonización con el plazo de la prescripción extintiva relativa a la pretensión correspondiente al derecho real que se usucape, siempre y cuando éste no sea el de propiedad, puesto que la acción reivindicatoria es imprescriptible (art. 544-3 CCCat). Llama la atención, en efecto, que, iniciado al mismo tiempo el cómputo del plazo de usucapión y el del plazo de prescripción, la titularidad del derecho real se adquiriera a los tres años mientras que, en cambio, la pretensión que se vincula a dicha titularidad prescriba a los diez años (cfr. art. 121-20 CCCat). Ciertamente, el artículo 121-20 CCCat tiene en cuenta esta discordancia y, para subsanarla, destaca que la prescripción de diez años se consumará transcurrido este tiempo, siempre y cuando alguien no haya adquirido antes el derecho por usucapión.

4.2.1.2 *La usucapión de los bienes inmuebles*

El artículo 531-27.1 CCCat señala también que el plazo de usucapión de los derechos reales posesorios cuyo objeto es un bien inmueble es de veinte años, reduciendo de este modo el de treinta

²¹ Sobre la cuestión, ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pp. 29 ss.

años que preveía el artículo 342 CDCC²². En cualquier caso, se trata de un plazo único, lo que pone de relieve que, en la fijación del plazo de la usucapión inmobiliaria, el legislador catalán, además de prescindir de la concurrencia del título y de la buena o mala fe del poseedor, ha desconocido también –como hicieron ya los compiladores al formular el artículo 342 CDCC– la distinción que atiende al hecho de que la usucapión se desarrolle entre presentes o entre ausentes, asignando un plazo más largo a esta última (cfr., en cambio, arts. 1957 y 1958 CC español).

En este ámbito plantea asimismo algún problema la coordinación entre el plazo de usucapión y el de la prescripción extintiva, motivado en este caso por la excesiva duración del primero. En efecto, prescrita la pretensión real del titular a los diez años (art. 121-20 CCCat) sin haberse consumado todavía la usucapión del poseedor, durante los siguientes diez años el titular del derecho que se usucape carecerá de pretensión para interrumpir la usucapión o, mejor dicho, ostentará una pretensión cuya eficacia dependerá de la voluntad del usucapiante (cfr. arts. 121-4 y 121-9 CCCat), y, correlativamente, este último gozará de una posesión inatacable que conducirá necesariamente a la adquisición del derecho en cuyo concepto posee, a no ser que él mismo interrumpa su usucapión.

4.2.1.3 *La usucapión de los bienes hurtados, robados u objeto de apropiación indebida*

De acuerdo con el artículo 531-27.2 CCCat, la usucapión de los bienes hurtados, robados u objeto de apropiación indebida no sólo requiere el transcurso del plazo de tiempo legalmente establecido para que se consume la adquisición del derecho real, sino también el transcurso del plazo de tiempo correspondiente a la prescripción del «delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil»²³. La referencia a la prescripción de los delitos y de las faltas debe entenderse hecha a los artículos 131 y 132 CP y la de las penas a los artículos 133 y 134 CP; en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito,

²² Con todo, el plazo inicialmente previsto en el Anteproyecto de Libro V CCCat –que luego recogería también el Proyecto publicado en el BOPC– era de diez años, fijado con la idea de hacerlo coincidir con el plazo general de prescripción decenal de las pretensiones del artículo 121-20 CCCat.

²³ Establece, en efecto, el párrafo segundo del artículo 531-27 CCCat que «[l]os plazos de posesión para usucapir un bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida no empiezan a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil».

La determinación de lo que se entiende por «bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida» se desprende de conceptos legalmente tipificados: cfr. artículos 234, 237 y 252 CP, relativos, respectivamente, al hurto, al robo y a la apropiación indebida.

se regula en los artículos 109 a 122 CP, mientras que el plazo de la pretensión para exigir la responsabilidad civil es el de tres años del artículo 121-21.d) CCCat.

Pese al aparente carácter general de la disposición, ésta se aplica única y exclusivamente a quienes hurtaron, robaron o se apropiaron indebidamente de dichos bienes, pero no a aquéllos que los adquirieron con posterioridad, cuya usucapión se rige por el plazo de tres años previsto en el artículo 531-27.1 CCCat. En este sentido, el precepto es congruente con el artículo 522-8.3 CCCat, del que –como se acaba de apuntar²⁴– se desprende que respecto de los adquirentes de estos bienes no opera la «adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio», siendo necesario que recurran a la usucapión para convertirse en titulares del derecho que ejercitan de hecho.

La imprecisión de que adolece la redacción del artículo 531-27.2 CCCat suscita, además, la duda de si la disposición que contiene afecta también –como sucede en el artículo 1956 CC español, fuente de inspiración del legislador catalán en este punto– a los «cómplices o encubridores», duda a la que, a mi juicio, ha de responderse afirmativamente. En cambio, el artículo 531-27.2 CCCat resuelve una cuestión tradicionalmente discutida con relación al artículo 1956 CC español, al destacar que el plazo de prescripción del «delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil» no es suficiente por sí solo para adquirir derecho alguno sobre los bienes hurtados, robados o indebidamente apropiados y exigir que a este plazo se añada el correspondiente a la usucapión²⁵. Como señala expresamente el mencionado precepto, «[l]os plazos de usucapión ... *no empiezan a contarse* hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil».

²⁴ Cfr. el anterior epígrafe 4.2.1.1 de este trabajo.

²⁵ Con relación al artículo 1956 CC español, la doctrina discute acerca de cuándo se consuma la usucapión de las «cosas muebles hurtadas o robadas»: como apuntan Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. III, Madrid, 2001, p. 132, «[e]s discutible si en esta usucapión extraordinaria el legislador marca un plazo a partir del cual puede comenzarse a prescribir, o lo que prohíbe es la alegación de la consumada antes hasta que transcurra». A este respecto, existen, pues, dos opiniones contrapuestas: la que entiende que el plazo de usucapión empieza a partir de la extinción de las responsabilidades penal y civil, y la que considera, en cambio, que lo que establece el precepto es que hasta dicha extinción es inoperante la usucapión que pudiese haberse producido antes. En este último sentido se manifiestan Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, t. III, Barcelona, 2002, p. 164, y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 187; a favor de la tesis contraria, cfr. Agustín LUNA SERRANO, com. artículo 1956 CC, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, p. 2140.

El artículo 531-27.2 CCCat se refiere a bienes «hurtados, robados u objeto de apropiación indebida», lo que presupone la naturaleza mueble de los mismos, puesto que el hurto, el robo y la apropiación indebida son delitos contra el derecho de propiedad que se ostenta sobre bienes muebles. Esto no significa que no existan delitos contra la propiedad de los bienes inmuebles que se traduzcan en la privación de su posesión, pasando a ejercitarla el autor de los mismos: el artículo 245 CP sanciona como delito la ocupación de una cosa inmueble o la usurpación de un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena sin la autorización debida o actuando con violencia o intimidación, así como también el mantenerse en un inmueble, vivienda o edificación ajenos que no constituyan morada contra la voluntad de su titular. Pues bien, la cuestión que cabe plantear es la de si, siendo admisible la usucapión de los bienes inmuebles ocupados o usurpados, esta usucapión se rige por el mismo criterio previsto para la usucapión de los bienes muebles hurtados, robados o indebidamente apropiados.

En principio, no parece haber razón que justifique una posible diferencia de trato y, por tanto, resultaría procedente sujetar la usucapión de los bienes de cuya posesión se hubiera visto privado su titular de forma ilegítima o indebida a una regulación unitaria, con independencia de su carácter mueble o inmueble. Sin embargo y a partir de lo dispuesto en el artículo 1956 CC español, la doctrina ha entendido que la mención expresa y exclusiva que efectúa el precepto a las «cosas muebles» no es casual ni equivocada, excluyendo su posible aplicación a la usucapión de los bienes inmuebles²⁶. Ahora bien, si en el ámbito del Código Civil español la omisión de toda referencia a dichos bienes puede justificarse y ello explica que el artículo 1956 CC no se aplique a la usucapión de los mismos, en el derecho catalán esta consecuencia no puede ser mantenida. En efecto, teniendo en cuenta que el artículo 531-27.2 CCCat afirma expresamente –cosa que no hace, en cambio, el artículo 1956 CC español– que «[l]os plazos de posesión para usucapir... no empiezan a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil», exigiendo, pues, la previa prescripción de uno y otras para que pueda iniciarse la usucapión, no existe motivo alguno que excluya la aplicación de este mismo criterio a la usucapión de los bienes inmuebles indebidamente ocupados o usurpados. En este sentido, pues, que el artículo 531-27.2 CCCat aluda única y exclu-

²⁶ Así, ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit., p. 164, nota 3. Explica la razón de ser de esta inaplicabilidad, con diversos argumentos, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., p. 182.

sivamente a los bienes muebles parece obedecer a una cierta inercia del legislador, que se ha limitado a transcribir la fórmula que utiliza el artículo 1956 CC español, sin percatarse que la solución adoptada para el supuesto no es la misma que la que acoge el precepto en el que se inspira.

4.2.2 EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE USUCAPIÓN

El artículo 531-27.2 CCCat no sólo se ocupa de la usucapión de los bienes hurtados, robados u objeto de apropiación indebida, sino que, además, contiene una regla de cómputo del plazo de usucapión de dichos bienes, fijando el momento a partir del cual ha de iniciarse el mismo. En estos supuestos, en efecto, el cómputo empieza una vez «ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil».

No existe ninguna otra disposición en este sentido, pero la regulación de la usucapión permite deducir que, en todos los demás casos, el inicio del cómputo del plazo de usucapión se vincula al momento de adquisición de la posesión *ad usucapionem* (cfr. arts. 521-2 y 522-6 CCCat). Si la posesión se ha adquirido contra la voluntad del poseedor anterior, dicho momento se produce cuando cesa –en su caso– la oposición de éste, pero no transcurrido un año desde esta circunstancia, puesto que este plazo –contemplado en el artículo 521-8.e) CCCat– determina la pérdida de la posesión por parte del poseedor anterior y no se refiere a la adquisición de la misma por el nuevo poseedor, ni purifica o subsana el vicio de violencia que pueda afectar a la nueva posesión, convirtiéndola en «pacífica» a efectos de usucapión: dicho requisito –en cuanto significa un ejercicio posesorio no discutido– concurre precisamente cuando desaparece la oposición del poseedor anterior (arg. *ex* art. 521-2.2 CCCat).

Conviene apuntar también que el momento de inicio del plazo de usucapión no supone, necesariamente, el inicio del plazo de prescripción de la pretensión correspondiente al derecho que se usucape, toda vez que, según el artículo 121-23 CCCat, esto sólo se producirá «cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual se puede ejercitar». El nacimiento y la posibilidad de ejercicio de la pretensión coincidirán, pues, con la adquisición de la posesión *ad usucapionem* por parte del usucapiente y el inicio del plazo de usucapión; pero el cómputo de su plazo de prescripción no empezará sino en el momento en que el titular del derecho real conozca o

pueda conocer la existencia de la posesión adquirida y ejercida por el usucapiente, circunstancias que probablemente serán posteriores.

5. LA EFICACIA DE LA USUCAPIÓN

Del artículo 531-23.1 CCCat se desprende que el efecto jurídico que deriva de la usucapión se concreta en la adquisición por parte del poseedor de la titularidad del derecho en cuyo concepto ha ejercido su posesión, siempre y cuando esta posesión haya durado el plazo de tiempo fijado por la ley.

5.1 La adquisición del derecho en cuyo concepto se posee

Dentro de la clasificación que usualmente suele realizarse con relación a los títulos adquisitivos y que contraponen los que se califican como «originarios» frente a los de carácter «derivativo», la usucapión pertenece a la primera categoría, toda vez que el adquirente se convierte en titular *ex novo*, sin necesidad de un acto previo de transmisión del derecho por parte del titular anterior. La usucapión no supone la adquisición de la titularidad del derecho real como resultado de un negocio transmisivo celebrado por quien ostentaba dicha titularidad, sino una adquisición directa e inmediata de la misma que prescinde de la voluntad del titular anterior. No se adquiere porque dicho titular deje de serlo voluntariamente, sino que el efecto adquisitivo se produce con independencia de su voluntad.

Además, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 531-23.2 CCCat, el efecto adquisitivo de la usucapión «se produce sin necesidad de que la persona que adquiere haga ninguna actuación». En este sentido, basta, pues, la posesión del bien durante el plazo de tiempo previsto por la ley para que el poseedor que carece de derecho a poseer se convierta en titular del derecho en cuyo concepto ha poseído. O, dicho de otro modo, basta que transcurra y se consuma el plazo de tiempo legalmente establecido, para que el poseedor no titular adquiera la titularidad del derecho en cuyo concepto ha ejercido su posesión.

Consecuencia de todo esto es que el título adquisitivo en que la usucapión consiste no exige la realización de acto o formalidad alguna (cfr. art. 531-1 CCCat) para producir y desplegar su eficacia jurídica, de modo que puede calificarse de «título autosuficiente»

o, en palabras del Profesor BADOSA COLL, de «clarament suficient [per l'adquisició del dret real]»²⁷. Ahora bien, en cualquier caso, esta circunstancia no excluye la necesidad de alegar la existencia de la usucapión para hacer valer la adquisición del derecho real producida como consecuencia de la misma (art. 531-28 CCCat), constituyendo tal alegación requisito de publicidad y de oponibilidad del derecho adquirido²⁸.

5.1.1 LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO POR EL POSEEDOR *AD USUCAPIONEM* Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN DEL TITULAR ANTERIOR

Si bien para la producción del efecto adquisitivo consustancial a la usucapión no es necesario que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación, sí que es preciso, en cambio, que el titular del derecho que se usucape se abstenga de realizar actuación alguna orientada a interrumpir la usucapión [art. 531-25.1.c) y d) CCCat] e impedir su consumación, ejercitando las pretensiones que le corresponden en orden a la defensa de su posesión y de su derecho. La usucapión no sólo determina que el poseedor *ad usucapionem* se convierta en titular del derecho en cuyo concepto ha poseído, sino también que, como consecuencia de ello, quien lo era hasta ese momento deje de serlo, tal y como pone de manifiesto el artículo 121-20 CCCat: «Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión». En tal caso, las pretensiones relativas al derecho real usucapido se extinguen, pero no por prescripción, sino por haber desaparecido la titularidad que les sirve de soporte.

Tradicionalmente, ha sido usual unificar el régimen jurídico de la prescripción y de la usucapión, considerando a esta última incluso como una modalidad de prescripción: la denominada *prescripción adquisitiva* que se contrapone a la *prescripción extintiva* o prescripción en sentido estricto. El derecho civil catalán no ha sido ajeno a esta tradición y ello explica que la «Compilación del Derecho civil especial de Cataluña» de 1960 las regulara conjuntamente. Sin embargo, esta unificación no tiene razón de ser y ahora el legislador catalán –con acierto– ha diferenciado claramente la prescripción extintiva de la usucapión y se ocupa de ellas en sedes distintas, dedicando a la primera el Capítulo I del Título II Libro I

²⁷ Cfr. BADOSA COLL, «Els dos sistemes adquisitius de drets real en el Llibre cinqué del Codi civil de Catalunya», *cit.*, p. 93.

²⁸ Cfr., *infra*, epígrafe 5.3.1 del presente trabajo.

CCCat, y a la segunda una sección del Capítulo I del Título III Libro V CCCat.

En efecto, prescripción y usucapión son instituciones diferentes que sólo tienen en común que el efecto jurídico que producen es consecuencia del transcurso de un determinado plazo de tiempo. Ahora bien, la prescripción se refiere a las pretensiones que nacen de los derechos patrimoniales, de cualquier clase que sean, y trata de su extinción por la inactividad de su titular, que no las ejercita durante un determinado período de tiempo (arts. 121-1 y 121-20 CCCat). En cambio, la usucapión se refiere directa e inmediatamente a los derechos, se limita a los derechos reales de contenido posesorio, y permite la adquisición de su titularidad si quien carece de ella posee el bien sobre el que recaen tales derechos durante el plazo de tiempo establecido por la ley.

También los efectos que derivan de estas dos instituciones son distintos. La consumación de la prescripción determina la extinción de la pretensión, pero no afecta a la subsistencia del derecho (cfr. art. 121-9 CCCat), mientras que la consumación de la usucapión determina la adquisición del derecho en cuyo concepto se ha poseído y, con esta adquisición, la extinción del derecho para quien era su titular hasta ese momento, lo que, a su vez, provoca la extinción de la pretensión para hacerlo valer y ello aunque no haya transcurrido completamente el plazo de prescripción (art. 121-20 CCCat).

El distinto régimen de la prescripción y de la usucapión en el ámbito de los derechos reales posibilita, entonces, la consumación de la prescripción de las pretensiones relativas a los mismos, sin que se haya consumado necesariamente una correlativa usucapión de éstos. En el ámbito del Código Civil español, la cuestión ha sido discutida, en particular por lo que se refiere a la prescripción de la acción reivindicatoria y a la usucapión del derecho de propiedad, dando lugar a una conocida polémica doctrinal²⁹. En el derecho

²⁹ Como es sabido, a partir de la regulación establecida por el Código Civil español, existen opiniones contrapuestas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la prescripción adquisitiva del dominio y, más concretamente, sobre la necesidad o no de su correlación. Para el Profesor Albaladejo, la prescripción extintiva de las acciones reales tiene autonomía y, salvo que antes que ella se produzca la usucapión del derecho que protegen, en cuyo caso la acción se extingue por consecuencia de tal usucapión, la extinción de la acción puede producirse por prescripción, aunque no haya usucapión por otro del derecho de que se trate. El Profesor Díez-Picazo entiende, en cambio, que, en materia de derecho de dominio, la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapión no son más que dos caras o dos vertientes de un único fenómeno jurídico, pues se presentan siempre indisolublemente ligadas. Por lo que respecta a la tesis del Profesor Albaladejo, cfr. *Derecho civil*, t. I, Barcelona, 2002, pp. 898-900 y notas 23 y 24; sus comentarios a los artículos 1962 y 1963 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XXV, vol. 2.º, Madrid, 1994, pp. 149 ss.; y «La prescripción de la acción reivindicatoria», *ADC*, 1990, pp. 25 ss. En cuanto a la opinión del Profesor Díez-Picazo, cfr. *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964,

civil catalán la cuestión no puede suscitarse porque la acción reivindicatoria es imprescriptible (art. 544-3 CCCat). Pero puede plantearse, p. ej., con relación a la prescripción de la pretensión real que corresponde al titular de un derecho de usufructo y a la usucapión de este derecho por parte de quien posee el bien usufructuado. De acuerdo con el artículo 121-20 CCCat, el plazo de prescripción de esta pretensión es de diez años, «salvo –dice el precepto– que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión». Esto puede suceder si el usufructo recae sobre un bien mueble, puesto que en tal caso la usucapión se consumará por el transcurso de tres años (art. 531-27.1 CCCat, primer inciso), extinguiéndose la pretensión correspondiente al usufructo, no por prescripción, sino por haber desaparecido la titularidad que la justificaba. En cambio, si el plazo de usucapión es más largo que el de prescripción, como ocurre cuando se refiere a un derecho de usufructo sobre un bien inmueble, en cuyo caso no se consuma hasta transcurridos veinte años (art. 531-27.1 CCCat, segundo inciso), la pretensión real puede extinguirse por prescripción a los diez años, pero, al no haberse consumado todavía la usucapión del usufructo, su titular, que lo sigue siendo, carecerá de acción para reclamar la posesión del inmueble al poseedor *ad usucapionem*, de modo que la posesión de este último será inatacable y conducirá irremediabilmente a la adquisición de la titularidad del derecho en cuyo concepto posee, a no ser que el propio usucapiente renuncie a ello; pero, en cualquier caso, esta adquisición no se producirá sino cuando hayan transcurrido los diez años que restan para la consumación de la usucapión.

5.1.2 LA RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN

Suele ser usual en la doctrina afirmar que la usucapión es un título adquisitivo que opera con efectos retroactivos, en el sentido de que, una vez consumada, sus efectos se retrotraen al momento en que se inició la posesión *ad usucapionem*. Se entiende, así, que de este modo quedan confirmados y convalidados los actos realizados por el usucapiente antes de la consumación de la usucapión, mientras que los del titular del derecho usucapido durante este mismo período de tiempo devienen ineficaces. Este efecto retroactivo vendría exigido por el propio papel que la usucapión desempeña, la cual «tiende a consolidar los actos que, como titu-

pp. 159 ss.; y «Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva de la acción reivindicatoria», en *Libro homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 221 ss.

lar (sin serlo) ... realizó [el usucapiente] durante el transcurso de la usucapición»³⁰.

Ahora bien, a mi juicio, estas ideas son discutibles y, de hecho, ningún precepto establece las consecuencias que se hacen derivar de ellas ni pone de manifiesto ese papel que se atribuye a la usucapición. Los efectos de los actos realizados por el usucapiente y por el titular antes de la consumación de la usucapición se rigen por sus propias reglas y su validez y eficacia en modo alguno se ven afectadas por ella. De ahí que los actos dispositivos del poseedor *ad usucapionem* son ineficaces, puesto que, al realizarlos, carecía de la legitimación que brinda la titularidad del derecho y si, en su caso, se protege a quien adquirió como consecuencia de dichos actos, no es en virtud de una hipotética retroactividad de la usucapición, sino de la aplicación de las normas de protección de terceros. Y algo similar puede decirse con relación a los actos del titular, cuyos actos son eficaces en la medida en que se realicen en ejercicio de las facultades que le confiere su titularidad y mientras no se haya consumado la usucapición del poseedor *ad usucapionem*, sin que se invaliden una vez producida dicha usucapición. En cualquier caso, la pretendida retroactividad de la misma no encuentra tampoco reflejo o justificación en las disposiciones del Libro V CCCat, razón por la cual cabe negar que la acoja el derecho civil catalán³¹.

5.2 La denominada usucapición liberatoria

La última de las disposiciones contenidas en el artículo 531-23 CCCat se refiere a la llamada «usucapición liberatoria». Con esta denominación se alude a la situación que se produce cuando quien posee en un determinado concepto posesorio un bien gravado lo posee como libre y desconociendo la existencia del gravamen, de manera que, al consumir la usucapición no sólo adquiere la titularidad del derecho en cuyo concepto poseía, sino que lo hace eliminando también la carga o el gravamen que lo afectaba.

³⁰ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit. p. 160, de donde se recoge la frase transcrita; cfr., también, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1998, p. 191. En sentido similar, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. III, Madrid, 1995, pp. 742-743, quien, por más que considere que «la tesis de la retroactividad de la usucapición [tiene] algo de arbitraria», concluye que «la tesis opuesta daría un golpe de muerte a la figura».

³¹ Como, por otra parte, se ocuparon ya de destacar los propios redactores del Anteproyecto en que se basa la regulación vigente: cfr. Observatori de Dret Privat de Catalunya, *Treballs preparatoris del Llibre cinqué del Codi civil de Catalunya*. «Els drets reals», cit., pp. 79-80.

El artículo 531-23.3 CCCat predica este efecto liberatorio de los «derechos reales no posesorios» y de los derechos reales posesorios de «posesión compatible con la posesión para usucapir». Como ya se ha dejado apuntado³², los «derechos reales no posesorios» del tercer párrafo del artículo 531-23 CCCat no pueden definirse por contraposición a los «derechos reales posesorios» a los que alude el primer párrafo de este mismo artículo 531-23 CCCat, puesto que las disposiciones que aluden a unos y a otros responden a distintas finalidades. Así, en el ámbito de la usucapión liberatoria, «derechos reales no posesorios» son aquellos cuyo ejercicio comporta una posesión indirecta o mediata del objeto sobre el que recaen, a través del poder de hecho sobre el propio derecho que posibilita tal ejercicio. La exigencia de posesión indirecta o mediata es esencial, puesto que dota de visibilidad y pone de relieve la propia existencia del derecho frente al que opera la usucapión liberatoria: para que proceda la liberación de un gravamen a través de la posesión del bien gravado es necesario que dicho gravamen se manifieste de alguna manera, de modo que pueda desconocerse su existencia poseyendo el bien como si no existiera. Por esta razón, la usucapión liberatoria no opera ni puede operar frente a un derecho de adquisición o frente a una hipoteca: porque no existen indicios de su existencia frente a los cuales pueda ejercerse una posesión como libre. En este sentido, pues, hay que precisar el significado de la expresión «derechos reales no posesorios» del artículo 531-23.3 CCCat, toda vez que no todos ellos pueden resultar afectados o perjudicados por la usucapión del derecho gravado, sino tan solo aquellos dotados de una cierta apariencia o visibilidad, como, p. ej., sucede en el caso de las servidumbres.

En cuanto a los derechos reales de «posesión compatible con la posesión para usucapir», la expresión alude a los derechos reales posesorios cuyo ejercicio comporta la posesión directa e inmediata del objeto sobre el que recaen. Respecto de estos derechos y para que, en su caso, se extingan en virtud de la usucapión liberatoria, el artículo 531-23.3 CCCat precisa que la posesión consustancial a su ejercicio sea «compatible con la posesión para usucapir». Este requisito es esencial para que pueda producirse dicha usucapión liberatoria, puesto que si se trata de posesiones incompatibles o, más correctamente, de posesiones cuyos conceptos posesorios son incompatibles, lo que estará en cuestión será la usucapión misma, al suscitarse un conflicto posesorio (cfr. art. 521-4 CCCat) y no concurrir uno de los requisitos –carácter «pacífico»: artículo 531-24.1 CCCat– que se predicán de la posesión *ad usucapionem*. Pues bien, la compatibili-

³² Cfr., *supra*, epígrafe 3 de este trabajo.

dad entre la posesión que se vincula al ejercicio de los derechos reales posesorios que gravan el derecho que se usucapre y la posesión que se ejerce en el concepto posesorio correspondiente a este derecho se pone de manifiesto cuando existe una relación de dependencia de la primera de esas posesiones respecto de la segunda, como sucede, p. ej., con la posesión en concepto de usufructo frente a la posesión en concepto de propiedad.

Ahora bien, para que se produzca esta usucapión liberatoria o, en palabras del propio artículo 531-23.3 CCCat, para que la usucapión perjudique «a los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión para usucapir», el precepto exige que los titulares de los derechos reales que, en su caso, resultarán afectados por el efecto extintivo que se atribuye a la usucapión, hayan tenido conocimiento de la misma. Esta exigencia resulta un tanto sorprendente, en la medida en que no se precisa para la propia usucapión del derecho gravado. En efecto, la consecuencia adquisitiva que deriva de la misma se produce en beneficio del poseedor *ad usucapionem* con independencia de que el titular del derecho en cuyo concepto se posee haya conocido o no esta posesión: transcurrido el plazo de tiempo fijado por la ley, el poseedor adquiere el derecho usucapido, perdiéndolo quien ostentaba su titularidad hasta este momento. En cambio, y de acuerdo con lo que establece el artículo 531-23.3 CCCat, no sucede lo mismo con los derechos reales que lo gravan: por más que el poseedor *ad usucapionem* haya ejercitado la posesión en el concepto posesorio correspondiente al derecho que adquiere desconociendo los gravámenes que lo afectan, dichos gravámenes subsistirán si sus titulares desconocieron la usucapión y sólo se extinguen si tuvieron conocimiento de ella. Tal vez pudiera pensarse que, en tal caso, la extinción se justifica por la inactividad de dichos titulares que no han ejercitado las pretensiones correspondientes a la defensa de sus derechos, pudiendo hacerlo. Pero el mismo razonamiento podría aplicarse al titular del derecho usucapido y sancionar la pérdida de su titularidad única y exclusivamente en el caso de que hubiera conocido la usucapión y pudiendo haberla interrumpido, no lo hubiera hecho. Por ello y para conciliar los efectos de la usucapión del derecho con los de la usucapión liberatoria de los gravámenes que recaen sobre el mismo, puede sugerirse que lo que exige el artículo 531-23.3 CCCat no es tanto que sus titulares «hayan tenido conocimiento» de la usucapión, como que «hayan podido tener conocimiento» de la misma, lo cual –por otra parte– resultaría congruente con el requisito de «publicidad» que se exige con carácter general a la posesión *ad usucapionem* (art. 531-24.1 CCCat).

5.3 La alegación de la usucapión

El artículo 531-28 CCCat se ocupa de la alegación de la usucapión y el precepto resulta a primera vista un tanto sorprendente, porque –en definitiva– trata de la legitimación en orden a alegar la titularidad de un derecho o, si se prefiere, el título adquisitivo que justifica la adquisición de un derecho³³. Si se acude a la regulación de los otros dos modos de adquirir la titularidad de los derechos reales –tradición y donación– que contempla el Código Civil catalán, se observa que ninguno de los preceptos que se ocupan de ellos se dedica a esta cuestión. Cabe preguntarse, pues, qué justifica una disposición en este sentido en sede de usucapión.

La pregunta resulta especialmente pertinente si se piensa, además, que, según el artículo 531-23 CCCat, «[e]l efecto adquisitivo [de la usucapión] se produce sin necesidad de que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación», y, por tanto y en la medida en que ello constituye una «actuación», sin necesidad tampoco de que se alegue su existencia. Siendo esto así, no se entiende la necesidad –por más que presentada como mera facultad o posibilidad– de alegar la adquisición de la titularidad del derecho real por usucapión que sanciona el artículo 531-28 CCCat.

5.3.1 LA ALEGACIÓN DE LA USUCAPIÓN COMO REQUISITO DE PUBLICIDAD Y DE Oponibilidad DEL DERECHO ADQUIRIDO

Con todo y a modo de explicación, puede argumentarse el paralelismo existente entre la usucapión y la prescripción extintiva, paralelismo que, por supuesto, en ningún caso puede llevar a confundir ambas instituciones, ni mucho menos justifica la pretensión de regularlas de forma unitaria. Como ya se ha dejado apuntado, tanto una como otra son instituciones –y de ahí, en todo caso, el paralelismo que puede establecerse entre ellas– cuyos efectos se producen como consecuencia del transcurso de un determinado plazo de tiempo, si bien y por lo que respecta a la prescripción, estos efectos tienen carácter extintivo y se refieren a las pretensiones relativas a los derechos disponibles (cfr. art. 121-1 CCCat).

Pues bien, en cuanto a esta última, por más que el artículo 121-1 CCCat sancione la eficacia extintiva de la prescripción, casi inmediatamente a continuación el artículo 121-4 CCCat advierte que «[l]a

³³ Dispone, en efecto, el artículo 531-28 CCCat que «[p]ueden alegar la usucapión las siguientes personas: a) La persona que ha adquirido por usucapión o sus herederos. b) Toda persona interesada en el hecho de que se declare que la persona que adquiere por usucapión ha adquirido el bien».

prescripción no puede ser tenida en cuenta de oficio por los tribunales, sino que ha de ser alegada judicial o extrajudicialmente por una persona legitimada». Esto significa, pues, que, si no la extinción misma de la pretensión, al menos los efectos o consecuencias que derivan de esta extinción se dejan en manos del sujeto pasivo de la pretensión o del interesado en estos efectos o consecuencias, que puede hacerlos valer o no.

Algo similar sucede en el ámbito de la usucapión. Si bien la adquisición del derecho que la misma posibilita se produce de forma automática, por el transcurso del plazo de tiempo establecido legalmente, los efectos o consecuencias de esta adquisición dependen de la voluntad del usucapiente o del interesado o posible beneficiario de estos efectos o consecuencias. Esta constatación se basa en el hecho de que la usucapión –a diferencia de la tradición y de la donación– es un modo de adquirir originario, que se produce sin la voluntad del titular anterior, que además y formalmente lo sigue siendo. Por tanto y para destruir esta apariencia de titularidad formal que ampara todavía al titular anterior es necesaria la alegación de la usucapión o, mejor, de la adquisición de la titularidad verificada a través de la usucapión, en el bien entendido que –en todo caso– la adquisición del derecho por el usucapiente no se produce con la alegación, sino –en un momento anterior– con la consumación del plazo marcado por la ley: como el propio artículo 531-28 CCCat destaca, lo que se alega es una adquisición previa, esto es, que la persona de quien se interesa «ha adquirido el bien». Ahora bien, aunque esta adquisición se haya producido, necesita ser alegada a efectos de que se declare judicialmente su existencia y pueda ser oponible, no sólo frente al titular del derecho que se ha usucapido, sino también frente a terceros: la alegación de la usucapión es, pues, requisito de publicidad y de oponibilidad de la misma, que pone de manifiesto la adquisición del derecho usucapido.

5.3.2 LA LEGITIMACIÓN Y LOS MEDIOS PARA ALEGAR LA USUCAPIÓN

La alegación de la usucapión consumada se orienta a obtener una resolución judicial meramente declarativa, en la que se ponga de manifiesto la adquisición del derecho ya producida como consecuencia de la posesión ejercitada durante el plazo de tiempo fijado por la ley. Pues bien, a este respecto, hay que determinar quién puede alegar la usucapión, a través de qué mecanismos ha de hacerlo y frente a quién ha de alegarla.

El artículo 531-28 CCCat se ocupa sólo de lo primero, señalando que el usucapiente y sus herederos, así como cualquier persona interesada en que se declare la usucapión producida están legitimados para alegarla. Que el propio poseedor *ad usucapionem* y sus herederos puedan alegar la usucapión parece claro y no suscita duda alguna. En cambio, que pueda hacerlo también «cualquier persona interesada» constituye una novedad y plantea, en primer lugar, el problema de determinar quiénes son las personas que ostentan este «interés» que legitima su actuación. En este sentido, puede apuntarse que «personas interesadas» a los efectos de este precepto lo son, en primer lugar, las mencionadas en el artículo 531-29.2 CCCat³⁴, en la medida en que si la renuncia a la usucapión no les perjudica, con mayor razón podrán hacer valer una usucapión no alegada pero en modo alguno renunciada: serán, pues, «personas interesadas», los «acreedores de quien ha adquirido por usucapión» y los «titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido». Pero lo amplio y genérico de la fórmula que utiliza el artículo 531-28 CCCat apunta –como señalan los redactores del Anteproyecto del Libro V CCCat– que pueden haber otros «interesados», además de los ya señalados: p. ej., los legitimarios del usucapiente, cuyo interés en incrementar el patrimonio de su futuro causante es evidente³⁵.

Por lo que respecta a los medios o mecanismos a través de los cuales cabe alegar la usucapión, el usucapiente y sus herederos podrán hacerla valer ejercitando una acción declarativa de dominio o como excepción frente a la acción de quien pretenda tener mejor derecho o de quien reclame o reivindique el bien como titular del derecho usucapido. En cambio, más problemática se presenta la cuestión cuando quien alega la usucapión es una «persona interesada» en hacerla valer, puesto que, aunque pueda alegar efectivamente su existencia, difícilmente podrá obtener una declaración judicial que la recoja sin contar con el consentimiento del usucapiente, a no ser que actúe al amparo de la denominada «acción subrogatoria» del artículo 1111 CC español.

Finalmente y en cuanto a la legitimación pasiva relativa a la alegación de la usucapión consumada, no existe en el artículo 531-28 CCCat pronunciamiento alguno al respecto. Con todo, hay que entender que corresponde no sólo al titular del derecho

³⁴ El artículo 531-29 CCCat se ocupa de la renuncia a la usucapión y, con relación a ella, su párrafo segundo establece que «no perjudica a los acreedores de quien ha adquirido por usucapión, ni a los titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido».

³⁵ Cfr. Observatori de Dret Privat de Catalunya, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. «Els drets reals», cit., p. 85.

usucapido, sino también a quien pretenda atribuirse la titularidad de dicho derecho o un mejor derecho a poseer.

6. LA INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN

La regulación de la interrupción de la usucapión requiere una precisión previa. Aunque el artículo 531-25 CCCat refiere la interrupción a la posesión para usucapir, lo que, en rigor, se interrumpe es la «usucapión», o, si se quiere, el proceso adquisitivo que se vincula al ejercicio de la posesión durante un plazo de tiempo legalmente establecido. Es verdad que, en algunos casos, la posesión se interrumpe o cesa efectivamente, determinando esto la interrupción de la usucapión; pero no siempre es así y, en ocasiones y atendidas las causas enumeradas en el artículo 531-25.1 CCCat, puede subsistir y mantenerse la posesión, sin que ello excluya ni impida la interrupción de la usucapión.

Tal vez por esta razón, el legislador catalán no habla de la «interrupción de la posesión», sin más, sino que alude a la «interrupción de la posesión *para usucapir*», poniendo de manifiesto que esta consecuencia se produce no sólo cuando alguna circunstancia interruptiva afecta al hecho posesorio, sino también cuando repercute sobre los requisitos que determinan su eficacia adquisitiva, de manera que, aunque la posesión subsista, carece ya de dicha eficacia. Ahora bien, siendo así y precisamente porque lo que resulta afectada como consecuencia de la concurrencia de esa circunstancia interruptiva es la eficacia adquisitiva de la posesión, resulta técnicamente más correcto calificar esta situación como «interrupción de la usucapión», en la medida en que, en definitiva, el efecto que deriva de ella es extinguir o poner fin a la usucapión misma, impidiendo su consumación. En última instancia, la disposición del artículo 531-27.3 CCCat, relativa a «[l]a renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso», confirma que la interrupción que se produce durante el transcurso de la usucapión lo es de ésta y no de la posesión³⁶.

De acuerdo con lo que establece el artículo 531-25 CCCat, la interrupción de la usucapión se produce cuando, durante el transcurso del plazo de tiempo fijado por la ley y antes de que éste se haya consumado, concurren determinadas causas o circunstancias que afectan a la subsistencia de los elementos componentes de la

³⁶ El artículo 531-27.3 CCCat señala, en efecto, que «[l]a renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso equivale a la interrupción de la posesión para usucapir».

usucapión o de sus requisitos, de forma que la extinguen. El párrafo primero del artículo 531-25 CCCat enumera cuáles son algunas de estas causas, mientras que el segundo párrafo de este mismo precepto señala qué efectos derivan de su concurrencia.

6.1 Las causas de interrupción de la usucapión

El artículo 531-25.1 CCCat recoge las causas de interrupción de la usucapión y, al predicarlas de la «posesión para usucapir», destaca –como se acaba de apuntar– que se trata de causas que no solamente afectan al hecho posesorio, sino que se relacionan también con los requisitos de la posesión *ad usucapionem*. Por ello, las causas enumeradas por el precepto pueden sistematizarse distinguiendo según si se refieren al hecho posesorio, al concepto posesorio o al carácter «pacífico» que exige dicha posesión. En la clasificación propuesta no se menciona la posible existencia de causas que afecten al carácter «público» de la posesión para usucapir; pero ello obedece a que la ausencia de publicidad determina que ya no exista ni pueda hablarse de posesión, razón por la cual dichas causas pueden incluirse dentro de las que determinan la extinción o cese de la misma.

La enumeración del artículo 531-25.1 CCCat no es, por otra parte, una enumeración cerrada: dentro de las causas de interrupción de la usucapión debe mencionarse también la regulada en el artículo 531-27.3 CCCat, que afecta, no a la posesión apta para usucapir, sino al segundo de los elementos componentes de la usucapión: el tiempo.

6.1.1 CAUSAS RELACIONADAS CON EL HECHO POSESORIO

De acuerdo con el artículo 531-25.1.a) CCCat, la posesión para usucapir se interrumpe «[c]uando cesa la posesión». Ahora bien, pese a lo categórico del pronunciamiento legal, no todas las causas que según el artículo 521-8 CCCat –que es el que se ocupa de enumerarlas– determinan el cese o la pérdida de la posesión la *interrumpen*, ni, por tanto, constituyen causas de interrupción de la usucapión. Así, p. ej., «[1] a cesión voluntaria de los bienes que son objeto de la misma [se refiere a la posesión] a otra persona, en un concepto incompatible con la posesión de la persona que hace la cesión», que, según el artículo 521-8.a) CCCat es una causa de pérdida de la posesión, por más que determine esta consecuencia para el cedente, no interrumpe sin embargo la usucapión iniciada por éste; es más, permite su continuación por

parte del cesionario, que, a mayor abundamiento, se beneficia del plazo de tiempo transcurrido durante la posesión del cedente, pudiéndolo agregar al tiempo de ejercicio de su propia posesión (art. 531-24.4 CCCat).

En cambio, el «abandono» del bien poseído [art. 521-8.b) CCCat] sí constituye una causa de pérdida de posesión que, al mismo tiempo, interrumpe la posesión para usucapir que hubiera ejercido quien abandona, y, con ello, interrumpe al mismo tiempo la usucapición en curso, sin que el que, en su caso, se apoderara con posterioridad del bien abandonado pueda aprovecharse del tiempo transcurrido hasta el abandono. Y, en el mismo sentido, «[l]a pérdida o destrucción total» del bien, así como «[e]l hecho de quedar fuera del tráfico jurídico» [cfr. art. 521-8.c) y d) CCCat] constituyen causas de pérdida de posesión que interrumpen la usucapición, con la particularidad de que impiden el inicio de una nueva posesión y, por tanto, de una nueva usucapición, de forma definitiva, en el caso de la pérdida o destrucción, o mientras el bien sea *extracommercium*, en el caso de quedar fuera del tráfico jurídico.

Alguna duda puede plantear la pérdida de la posesión en el supuesto de «posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año» [art. 521-8.e) CCCat], en particular por lo que respecta a la calificación de la situación posesoria durante ese año en el que concurren la posesión del despojante y la posesión del despojado y a la eficacia adquisitiva que se atribuye a ambas, cuando despojante y despojado carecen de derecho a poseer. En efecto, a partir de este supuesto pueden plantearse, al menos, tres posibilidades. En primer lugar, puede pensarse que, puesto que la pérdida de la posesión no se produce hasta el transcurso del año y dado que durante este período de tiempo el poseedor despojado continúa poseyendo, es posible que consume su usucapición dentro de este plazo de tiempo, y por ello y aunque se confirme la pérdida de su posesión, habiéndose convertido en titular, podrá ejercitar la pretensión correspondiente a su derecho para que se le restituya la posesión del bien. En segundo lugar, cabría pensar también que la posesión del despojado no es una posesión «pacífica» y que tampoco lo es la del despojante, razón por la cual ni una ni otra serían aptas para la usucapición: por tanto, se interrumpiría la usucapición del poseedor despojado, mientras que, por lo que respecta al poseedor despojante, no empezaría a usucapir sino una vez transcurrido el plazo del año y extinguida la posesión anterior. Por último, y esta es la solución que me parece preferible, puede considerarse que sólo la posesión del despojado deja de ser

«pacífica», interrumpiéndose su usucapión, mientras que, en cambio, la del despojante, una vez consolidada la adquisición de su posesión y cesada la oposición del despojado (cfr. art. 521-2.2 CCCat), lo es a partir de ese momento, iniciando entonces su usucapión. Ahora bien, en este caso, el despojante no puede beneficiarse del plazo de tiempo durante el cual se desarrolló la posesión anterior y no puede pretender unir su posesión a la del despojado: como ya se ha dejado apuntado, al haberse adquirido la nueva posesión sin o contra la voluntad del antiguo poseedor, éste no puede considerarse en rigor «causante» del nuevo (cfr. art. 531-24.4 CCCat).

También constituye un supuesto de pérdida de posesión –por más que el artículo 521-8 CCCat no lo mencione– el que se suscita a partir del conflicto posesorio contemplado en el artículo 521-4.2 CCCat. Aunque el precepto se presta a distintas interpretaciones, me parece claro que, al menos por lo que respecta al poseedor al que se niega su derecho a poseer, la decisión supone la pérdida de su posesión y, con ella, la interrupción de su usucapión.

Finalmente y con relación al cese o pérdida de la posesión, puede plantearse la cuestión de su recuperación por parte del poseedor que se ha visto privado de ella y de las consecuencias de dicha recuperación en la usucapión interrumpida. Se echa en falta una disposición similar a la contenida en el artículo 466 CC español y más si se tiene en cuenta que el derecho civil catalán reconoce y regula expresamente la denominada «acción publiciana» (art. 522-7.2 CCCat). Ciertamente, puede pensarse que –como dice el art. 466 CC español– el poseedor que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción; pero falta un precepto que lo diga expresamente.

6.1.2 CAUSAS RELACIONADAS CON EL CONCEPTO POSESORIO EN QUE SE EJERCITA LA POSESIÓN *AD USUCAPIONEM*

Según el artículo 531-25.1.b) CCCat, la posesión para usucapir se interrumpe también «[c]uando quien adquiere por usucapión reconoce expresa o tácitamente el derecho de los titulares del bien».

En este caso, el poseedor *ad usucapionem*, al reconocer que el derecho en cuyo concepto posee corresponde y lo ostenta otra persona, admite que carece de dicho derecho y niega su propio concepto posesorio. Este reconocimiento determina, pues, que el usu-

capiente deje de poseer «en concepto de titular del derecho», razón por la cual su posesión ya no es apta para usucapir y se interrumpe la usucapión. Pero es que, en rigor, si continúa teniendo el bien en su poder, al no existir la voluntad de ejercitar este poder como titular de un derecho posesorio, ni siquiera será ya poseedor del mismo, sino mero detentador (cfr. art. 521-1.2 CCCat).

El reconocimiento al que alude el artículo 531-25.1.b) CCCat es un reconocimiento «espontáneo», en el sentido de que el poseedor *ad usucapionem* lo efectúa por iniciativa propia; si se produce como consecuencia de un previo requerimiento notarial del titular del derecho que usucape, lo que interrumpe la usucapión es este requerimiento [cfr. art. 531-25.1.d) CCCat] y no el reconocimiento que se realice en cumplimiento del mismo.

6.1.3 CAUSAS RELACIONADAS CON EL CARÁCTER PACÍFICO DE LA POSESIÓN *AD USUCAPIONEM*

En este apartado pueden incluirse los siguientes supuestos: en primer lugar, la oposición judicial a la usucapión en curso por parte de los titulares del bien o de una tercera persona interesada [cfr. art. 531-25.c) CCCat]; en segundo lugar, el acuerdo entre los titulares del bien y la persona que adquiere por usucapión de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión [art. 531-25.c) CCCat]; en tercer lugar, el requerimiento notarial por parte de los titulares del bien a los poseedores para que les reconozcan el título de la posesión [art. 531-25.d) CCCat]; y, por último, el conflicto posesorio que se suscita entre dos poseedores cuyas posesiones reúnen las mismas características (art. 521-4.2 CCCat).

En todos estos supuestos, en efecto, se suscita una controversia o contradicción en torno a la posesión del usucapiente, que ve discutido el ejercicio de su poder de hecho sobre el bien que posee por el propio titular del derecho que usucape o por un tercero interesado. La existencia de esta controversia no ha de traducirse necesariamente en la pérdida de la posesión por parte del usucapiente, que puede continuar ejerciéndola; pero al no hacerlo ya de forma «pacífica», esta posesión ya no es apta para usucapir y, en consecuencia, se interrumpe la usucapión.

La referencia a la «oposición judicial» de los titulares del bien o de tercera persona interesada suscita alguna cuestión. En primer lugar y por lo que a esta «tercera persona interesada» respecta, cabe plantear qué tipo de acción puede interponer –no siendo titular de derecho alguno sobre el bien– en orden a poner de manifiesto su oposición judicial a la usucapión en curso. La respuesta varía en

función del «interés» que se pretenda hacer valer: así, p. ej., si la «persona interesada» es también un poseedor, que se ha visto privado de su posesión por parte del usucapiente, podrá utilizar las pretensiones protectoras que le atribuye el artículo 522-7 CCCat; y si se trata de un acreedor del titular del derecho que se usucape, podrá recurrir a la denominada acción subrogatoria, si reúne los requisitos que exige su ejercicio (cfr. art. 1111 CC español).

Por otra parte, cabe plantear también cómo se materializa esta «oposición judicial» que interrumpe la usucapión. En los trabajos preparatorios del Libro V CCCat, los miembros de la *Secció de Dret patrimonial* encargados de elaborarlo apuntaron que la expresión «és prou flexible com per a incloure qualsevol tipus de actuació judicial: demanda, contestació, etc.»³⁷. Ahora bien, con relación a la interrupción de la usucapión no sólo se trata de establecer qué tipo de actuaciones judiciales la producen, sino también de fijar, respecto de estas actuaciones, cuándo la producen, puesto que, p. ej. y por lo que respecta a la demanda, esta interrupción puede vincularse al momento de su presentación o al momento de su admisión a trámite.

En la regulación de la interrupción de la prescripción, el legislador considera que esta consecuencia se produce –entre otras causas– por medio de «[e]l ejercicio de la pretensión frente a los tribunales, aunque sea desestimada por defecto procesal» [cfr. art. 121-11.a) CCCat], fórmula que permite entender que el momento determinante de la interrupción es el de la presentación de la demanda una vez es admitida³⁸, y, por lo tanto, igual criterio puede seguirse en la interrupción de la usucapión³⁹.

En cualquier caso, la «oposición judicial» a que se refiere el artículo 531-25.1.c) CCCat no se circunscribe única y exclusivamente a la demanda y a su contestación. Cabe entender también como tal y, por consiguiente, con efectos igualmente interruptivos

³⁷ Cfr. Observatori de Dret Privat de Catalunya, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. «Els drets reals», cit., p. 82.

³⁸ Cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, com. artículo 121-11 CCCat, en Antoni VAQUER ALOY-Albert LAMARCA I MARQUÉS (eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 2005, pp. 165 ss.

³⁹ En el ámbito del Código Civil español, la cuestión es discutida. En efecto, jurisprudencia y doctrina disienten en cuanto a la interpretación del artículo 1945 CC, que se limita a señalar que «[l]a interrupción civil [de la usucapión] se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente». A partir de esta disposición, existen dos posturas contrapuestas: la de quienes entienden que la presentación de la demanda interrumpe la prescripción y la de quienes consideran –ajustándose estrictamente a la letra de la ley– que esta consecuencia se produce a partir del emplazamiento al demandado para que conteste la demanda. Para un exhaustivo análisis de la cuestión, cfr. MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, cit., pp. 344 ss.; *vid.*, también, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1996, pp. 726-727; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 180.

por lo que respecta a la usucapión, la solicitud de las «diligencias preliminares» del artículo 256 LEC, el acto de conciliación del artículo 479 LEC 1881 (precepto declarado en vigor por la LEC vigente) y la petición del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita del artículo 12 Ley 1/1996, de 10 de enero, siempre que en ella quede claramente especificado que el proceso para el que se solicita tal reconocimiento es el relativo al derecho que se está usucapiendo.

En cuanto a la consideración del acuerdo entre el poseedor *ad usucapionem* y el titular del derecho que se usucape en orden a someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión [art. 531-25.1.c) CCCat] como una causa de interrupción de la misma, no plantea, en cambio y a diferencia del supuesto anterior, demasiadas dudas y el precepto es claro en el sentido de identificar el momento en que esta consecuencia se produce con el de la perfección del acuerdo o convenio arbitral (cfr. art. 9 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). Este criterio se aparta del seguido en la regulación de la interrupción de la prescripción, en el que dicha interrupción es consecuencia del «inicio del procedimiento arbitral relativo a la pretensión o [de] la interposición de la demanda de formalización judicial del arbitraje» [art. 121-11.b) CCCat]. Ahora bien, la diferencia de criterio obedece a una razón muy sencilla: el artículo 121-11.b) CCCat presupone la existencia del convenio arbitral, mientras que en el artículo 531-25.1.c) CCCat el convenio es consecuencia de las discrepancias existentes en torno a la posesión del bien cuyo derecho se usucape y se celebra precisamente con la finalidad de solucionarlas.

Tampoco ofrece dudas la fijación del momento de interrupción de la usucapión en el caso de que ésta sea consecuencia de un requerimiento por parte del titular del derecho que se usucape al poseedor *ad usucapionem*, realizado con la finalidad de que éste reconozca el título posesorio de aquél: como todo requerimiento, produce sus efectos desde que es conocido o susceptible de ser conocido por su destinatario. En este caso y como ya se ha dejado apuntado, lo que interrumpe la usucapión no es el reconocimiento que, en su caso y a instancia del titular, efectúe el usucapiente, sino la misma actuación del titular del derecho, que se orienta a conseguirlo; el reconocimiento, en el supuesto de producirse, carecería de eficacia interruptiva, porque la usucapión ya se habría interrumpido con anterioridad.

Por otra parte, y aunque el precepto alude a un requerimiento «notarial», esta calificación se refiere a la necesidad de que sea «fehaciente»: cualquier manifestación de oposición a la posesión *ad usucapionem* por parte del titular del bien, exigiendo al usuca-

piente el reconocimiento de su derecho, interrumpe la usucapión siempre y cuando pueda constatarse su existencia.

Finalmente, la usucapión se interrumpe también en el supuesto contemplado por el artículo 521-4.2 CCCat, en la medida en que –como ya se ha señalado⁴⁰– se considere que las posesiones de quienes pretenden tener *derecho a poseer* y entran en conflicto por esta razón han dejado de ser «pacíficas», por más que el artículo 531-25.1 CCCat no recoja dicho supuesto entre las causas de interrupción que enumera.

6.1.4 CAUSAS RELACIONADAS CON EL TRANSCURSO DEL PLAZO DE TIEMPO

El último párrafo del artículo 531-27 CCCat se ocupa de regular la renuncia al tiempo transcurrido de la usucapión en curso y señala que «equivale a la interrupción de la posesión para usucapir». Aunque esta renuncia constituye una cuestión ciertamente relacionada con los plazos de usucapión, la ubicación de la disposición puede ser discutida, puesto que también podría haberse colocado en el artículo 531-29 CCCat, dentro de la regulación de la renuncia a la usucapión en general, o mejor, en el artículo 531-25 CCCat, entre las causas de interrupción de la usucapión: en este contexto, en efecto, la disposición contribuye a aclarar que esta «interrupción» es una circunstancia que no se predica de la *posesión*, sino de la *usucapión*, y que puede afectar a los dos componentes de la misma: la posesión y el tiempo.

Precisamente porque se trata de una circunstancia interruptiva que se refiere al «tiempo», esta «renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso» no incide ni en el hecho posesorio ni en los requisitos de la posesión *ad usucapionem*, que, por tanto, subsisten. La renuncia opera en abstracto y no se confunde con las causas de interrupción de la usucapión relativas a la posesión, ni, en particular, con el reconocimiento –ni siquiera tácito– por parte del usucapiente del derecho del titular del bien [art. 531-25.1.b) CCCat]. Podría inducir a pensar en ello el artículo 121-11.d) CCCat, que, por lo que respecta a la interrupción de la prescripción, parece considerar equivalentes «el reconocimiento del derecho o la renuncia a la prescripción de la persona contra quien puede hacerse valer la pretensión en el transcurso del plazo de prescripción». Pero en rigor, incluso en este ámbito, se trata de circunstancias diferentes, por más que produzcan la misma consecuencia. Aunque pudiera pensarse en esta renuncia como una modalidad de

⁴⁰ Cfr. epígrafe 4.1.1.1.c) de este trabajo.

reconocimiento tácito de la titularidad de la persona que ostenta el derecho que se usucape, el artículo 531-27.3 CCCat pone de manifiesto que no es así y que se trata de causas interruptivas distintas, que afectan a elementos también distintos: el reconocimiento del derecho se predica de la posesión y afecta al concepto posesorio en que se ejercita, mientras que la renuncia se predica del tiempo. Lo único que tienen en común una y otra causa de interrupción –aparte, claro está, el efecto interruptivo consustancial a ambas– es que se originan y consisten en un acto del propio usucapiente: se trata, pues, de causas de interrupción de la usucapición consecuencia de una actuación o conducta del poseedor *ad usucapionem*.

6.2 Los efectos de la interrupción de la usucapición

El párrafo segundo del artículo 531-25 CCCat se ocupa de los efectos de la interrupción de la usucapición. La concurrencia de las causas o circunstancias previstas por los artículos 531-25.1 y 531-27.3 CCCat desvirtúa la continuidad de la posesión, afirmada por el artículo 521-6.3 CCCat y presumida por los artículos 521-6.1 y 2 y 531.24-3 CCCat y, como consecuencia de ello, extingue la usucapición en curso, que no puede llegar a consumarse.

El artículo 531-25.2 CCCat utiliza una fórmula resumida para describir los efectos de la interrupción de la usucapición⁴¹. En rigor, dichos efectos no se concretan única y exclusivamente al hecho de que «deba comenzar de nuevo y completamente el plazo de (la posesión para usucapir)», sino que esto es consecuencia de dos circunstancias previas: la paralización o el cese del cómputo del tiempo y el desconocimiento del período de tiempo transcurrido hasta ese momento, como si no hubiera existido. Sólo una vez producidas estas dos circunstancias y precisamente porque se han verificado, opera lo dispuesto en el artículo 531-25.2 CCCat: el inicio de nuevo y desde el principio del cómputo de plazo de tiempo fijado por las leyes para la adquisición del derecho real.

En cuanto al inicio «de nuevo y completamente» del plazo de usucapición, el artículo 531-25.2 CCCat se ocupa de fijar el momento del mismo sólo con relación a la interrupción de la usucapición producida por «oposición judicial» o por otorgamiento de un convenio arbitral: en tales casos, el momento de inicio del cómputo se vincula a la «firmeza del acto que pone fin al procedimiento». Esta afirmación sugiere alguna observación. En primer lugar, que debe

⁴¹ En efecto, el artículo 531-25.2 CCCat se limita a señalar, en su primer inciso, que «[l]a interrupción de la posesión para usucapir hace que deba comenzar a correr de nuevo y completamente el plazo de esta posesión».

entenderse referida a un acto que condene al usucapiente a restituir el bien a su titular, puesto que si dicho acto reconoce su legitimación para poseer –sin atribuirle la titularidad del derecho en cuyo concepto posee– no existe interrupción de la usucapión, sin que siquiera se considere suspendida durante el tiempo de duración del procedimiento. Por otra parte y por más que el acto que pone fin al mismo haya sido contrario a los intereses del usucapiente, que éste –a pesar de ello e incumpliendo probablemente lo que ordena dicho acto– continúa poseyendo el bien, sin restituirlo a su titular: de ahí que empiece a «correr de nuevo y completamente» el plazo de usucapión, previsión que no sería necesaria si el titular hubiera recuperado la posesión del bien. La disposición se aplica, pues, a aquellos supuestos en los que, pese a la interrupción de la usucapión, el poseedor *ad usucapionem* conserva la posesión del bien, puesto que, en caso de que el usucapiente hubiera perdido o cesado en su posesión, el inicio de nuevo del cómputo del plazo requiere –como es lógico– la previa adquisición o recuperación de la misma por su parte.

Por lo demás, el criterio establecido por el artículo 531-25.2, segundo inciso, CCCat presupone que la causa de interrupción tiene una cierta duración temporal, durante el transcurso de la cual se detiene el cómputo del plazo de tiempo. En cambio, en los supuestos previstos en el artículo 531-25.1.b) y d) CCCat, la interrupción de la usucapión es instantánea y el inicio «de nuevo y completamente» del plazo se produce inmediatamente a continuación del acto –reconocimiento o requerimiento– interruptivo.

7. LA SUSPENSIÓN DE LA USUCAPIÓN

La suspensión de la usucapión constituye una novedad con relación a los ordenamientos jurídicos catalán y español y ya el propio Preámbulo Ley 5/2006, de 10 de mayo, apartado III, 5, se refiere a ella al destacarla específicamente como una de las cuestiones de que se ocupa la regulación de la usucapión.

Con relación a esta institución conviene –al igual que se hizo respecto de la interrupción de la usucapión– una precisión previa, que atiende a su misma denominación. En efecto y pese a la dicción legal, la «suspensión» afecta a la usucapión y lo es de ésta, mas no de la «posesión para usucapir». La posesión es un hecho jurídico y precisamente por ser un «hecho», no puede suspenderse; si acaso, puede cesar, pero entonces no se trata de un supuesto de «suspensión», sino de extinción, que provoca la «interrupción» de

la usucapión. En este sentido y como aclara el párrafo segundo del artículo 531-26 CCCat, lo que sucede en un supuesto de «suspensión» es que se detiene durante cierto tiempo el cómputo del plazo de usucapión, que no se tiene en cuenta «en el plazo para usucapir establecido por las leyes». Por tanto, dicha «suspensión» afecta a todo el proceso adquisitivo, de modo que lo es de la usucapión en su totalidad y no de uno de sus componentes; y en todo caso, y de referirse a ellos, se predica antes del «tiempo» que de la «posesión».

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 531-26 CCCat, la suspensión de la usucapión consiste en una circunstancia duradera que se produce durante el transcurso de la misma y que determina que, mientras dura, no corra ni se tenga en cuenta el tiempo transcurrido. El párrafo primero del artículo 531-26 CCCat señala en qué casos sucede esto o, lo que es lo mismo, especifica cuáles son las causas que provocan esta consecuencia; el párrafo segundo, por su parte, se ocupa de los efectos que, a su vez, derivan de ella.

7.1 La suspensión de la usucapión y la suspensión de la prescripción de las pretensiones relativas al derecho que se usucape

Si se atiende a las causas de suspensión de la usucapión que enumera el artículo 531-26.1 CCCat, puede observarse que las circunstancias que determinan esta suspensión se refieren y afectan al titular del derecho frente al que se usucape, el cual, por encontrarse en determinadas situaciones previstas por la ley, no puede ejercitar las pretensiones que le corresponden en orden a la recuperación de la posesión que ostenta el poseedor *ad usucapionem*. Ahora bien, siendo esto así, entonces lo que se produce es una circunstancia que afecta a la prescripción extintiva de dichas pretensiones y, de hecho, las causas de suspensión de la usucapión que menciona el artículo 531-26 CCCat coinciden sustancialmente con las causas de suspensión de la prescripción de los artículos 121-15, 16 y 17 CCCat⁴², sin más diferencia que no considerar dentro de ellas a la «fuerza mayor» a la que alude el artículo 121-15 CCCat. En este sentido, pues, las causas de suspensión de la usucapión se identifican con las causas de suspensión de la prescripción extintiva de las pretensiones del titular del derecho que se usucape y, reguladas éstas, puede parecer que no tiene mucho sentido ocuparse también de aquéllas.

⁴² Recuérdese que, como ya se advirtió al principio de este trabajo, la Ley 10/2008 ha suprimido la situación de herencia yacente como causa de suspensión de la usucapión.

La explicación, con todo, radica precisamente en el hecho de que no existe una relación de correspondencia entre usucapión y prescripción que permita considerarlas –como alguna vez se ha dicho– «las dos caras de una misma moneda»⁴³, sino que operan con independencia la una de la otra y están sujetas a regímenes jurídicos distintos. Así, si bien es cierto que la usucapión de un derecho provoca la extinción de las pretensiones que correspondían a su titular, esta consecuencia la produce precisamente la desaparición del derecho que las sustentaba y no la prescripción de las mismas. Y, del mismo modo, la prescripción de las pretensiones relativas a un derecho en vías de usucapión no significa que ésta se haya consumado y que el usucapiente adquiera la titularidad del derecho en cuyo concepto posee, puesto que su titular puede seguir siéndolo aunque carezca ya de la posibilidad de ejercitar dichas pretensiones. Por ello, si la suspensión de la prescripción extintiva de las pretensiones correspondientes al derecho frente al que opera la usucapión en curso no comportase al propio tiempo la correlativa suspensión de la misma, ésta se consumiría antes que aquélla y extinguiría unas pretensiones que su titular no habría ejercitado, no por dejadez o porque no quisiera hacerlo, sino porque no podía hacerlo.

Ahora bien, si la regulación de la suspensión de la usucapión está justificada, era suficiente concretarla a una disposición que dijera que la usucapión se suspende cuando se suspende la prescripción extintiva de las pretensiones del titular frente a quien se usucape, lo cual –por otra parte– incluiría como causa de suspensión de la usucapión la fuerza mayor que impide el ejercicio de dichas pretensiones, cuya omisión por el artículo 531-26 CCCat no parece justificada. El hecho de que la fuerza mayor, por más que suspenda la prescripción de la pretensión, no suspenda al mismo tiempo la usucapión ni impida que ésta se consuma, desvirtúa por completo la suspensión de la prescripción, privándola de eficacia, puesto que no impide la extinción de la pretensión, no por prescripción, pero sí por la pérdida de la titularidad del derecho usucapido, al poder consumarse la usucapión durante el período de tiempo en que la prescripción se encuentra suspendida. De este modo, se perjudica al titular del derecho, que, imposibilitado para ejercitar su pretensión, no puede defenderlo impidiendo su usucapión y, correlativamente, se favorece al poseedor *ad usucapionem*, que puede consumir la usucapión sin que se detenga el cómputo de su plazo y

⁴³ La expresión la utiliza el Profesor Díez-Picazo, al defender la idea de la correlación o correspondencia entre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio; cfr. *La prescripción en el Código Civil*, cit., p. 159.

sin que, además, el titular del derecho pueda interrumpirlo al impedirlo la fuerza mayor que le afecta.

7.2 Las causas de suspensión de la usucapión

Se recogen en el párrafo primero del artículo 531-26 CCCat, que, en cualquier caso, no establece una enumeración cerrada de las causas de suspensión de la usucapión. En este sentido, se echa en falta –como se acaba de apuntar– una referencia a la «fuerza mayor» que afecte al titular del derecho que se usucape y que le impida ejercitar la pretensión correspondiente a la defensa de su derecho, así como también y en la medida en que se considere que puede dar lugar también a esta suspensión, a la situación de conflicto posesorio regulada en el artículo 521-4.2 CCCat. Con todo, en este último supuesto, en el que podría considerarse que, mientras se dirime el conflicto, se suspende la usucapión del poseedor al que se reconoce mejor derecho a poseer, también cabe pensar –tal vez con mayor razón– que ni tan siquiera se suspende y que tal conflicto no afecta a la usucapión de dicho poseedor, puesto que el cómputo del plazo de usucapión se reanuda retro trayéndolo al momento en que se inició el conflicto.

Ahora bien, en cualquier caso, de acuerdo con el artículo 531-26.1 CCCat, la suspensión de la usucapión procede en los siguientes supuestos:

a) Cuando la usucapión se produce contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante, mientras se mantiene esta situación.

Se corresponde con el supuesto de suspensión de la prescripción del artículo 121-16.a) CCCat. Las personas que «no pueden actuar por sí mismas» a las que alude el artículo 531-26.1.a) CCCat son aquellas que carecen de capacidad de obrar; el artículo 121-16.a) CCCat, por su parte, menciona específicamente a los menores de edad y a los «incapaces», expresión poco rigurosa con la que el legislador ha querido sin duda referirse a los «incapacitados». En cualquier caso y en uno y otro supuesto, se trata de situaciones en que el titular del derecho que se usucape, al no tener capacidad de obrar, no puede tampoco interponer las correspondientes pretensiones en defensa de su derecho e interrumpir así tanto la prescripción de las mismas como la usucapión contra el derecho que ostenta.

Lo que no se entiende demasiado es que –según el propio artículo 531-26.1.a) CCCat– existan personas que «no pueden actuar por medio de su representante»: si lo tienen, no hay razón para que

éste no actúe en defensa de los derechos de su representado; y si no lo tienen, entonces se trata pura y simplemente de «personas que no pueden actuar por sí mismas» y que, por ello, necesitan que se les nombre un representante.

En cualquier caso, la suspensión de la usucapión se produce mientras se mantiene o subsiste esta situación de imposibilidad de actuar; esto es, mientras no se nombre un representante a las personas «que no pueden actuar por sí mismas» o —en palabras del artículo 121-16.1.a) CCCat— mientras «no dispongan de representación legal».

b) Cuando la usucapión se produce contra la herencia yacente⁴⁴.

Se corresponde con el supuesto de suspensión de la prescripción del artículo 121-17 CCCat. En rigor, para que se produzca la suspensión de la usucapión y la suspensión de la prescripción no basta que la herencia se encuentre en situación de yacencia, sino que, además, es necesario que no existan personas llamadas a la misma o que no tenga un administrador o un curador (cfr. arts. 8, 143 ó 148 CS). Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la suspensión de la prescripción, en el que esta situación se produce con relación a las pretensiones «de las personas llamadas a heredar y [de] la herencia yacente», es decir, tanto a favor como en contra de esta última, el artículo 531.26.1.b) CCCat se refiere única y exclusivamente a la usucapión *contra* la herencia yacente y no a la que se produce *a favor* de ésta, por lo que hay que entender que la que la beneficia no se suspende.

A diferencia también de lo que prevé el artículo 121-17 CCCat —y de lo que sucede en el caso anterior—, el artículo 531-26.1.b) CCCat no señala hasta cuándo se mantiene la suspensión. En este sentido, puede considerarse que la suspensión dura mientras se mantiene la situación de yacencia, es decir, hasta que no sea aceptada la herencia, criterio que, por otra parte, coincide con el que establece también el artículo 121-17 CCCat. Ahora bien, dado el silencio del artículo 531-26.1.b) CCCat y atendida la finalidad de esta suspensión, que trata simplemente de evitar la situación de indefensión en que puede encontrarse la herencia yacente, tal vez debiera entenderse que la suspensión de la usucapión subsiste mientras no existan personas llamadas a la herencia o hasta el nombramiento de un administrador que pueda reclamar la posesión de los bienes hereditarios que se encuentren en poder del poseedor *ad usucapionem*. Piénsese que, de acuerdo con las normas del derecho

⁴⁴ Supuesto actualmente suprimido por la Disposición Derogatoria única, letra c), de la Ley 10/2008, de 10 de julio.

sucesorio catalán, durante la situación de yacencia de la herencia, las personas llamadas a heredar pueden realizar actos de conservación, administración y vigilancia de la herencia y promover pretensiones posesorias en defensa de los bienes hereditarios (cfr. art. 8 CS y, ahora, art. 411-9 CCCat), circunstancia que lleva a plantear la misma oportunidad de esta causa de suspensión de la usucapión, que sólo se justificaría si no existieran tales personas.

c) Cuando la usucapión se produce contra el cónyuge o la cónyuge o el otro miembro de la unión estable de pareja, mientras dura la convivencia.

Se corresponde con el supuesto de suspensión de la prescripción del artículo 121-16.b) y c) CCCat. El legislador ha considerado que el hecho de que uno de los cónyuges o de los integrantes de la pareja esté usucapiendo frente al otro no ayuda a la estabilidad del matrimonio o de la unión de pareja y, por esta razón, suspende la usucapión –al igual que suspende la prescripción de las pretensiones entre ellos– mientras dura la convivencia conyugal o la de la pareja.

Por lo que respecta a la «unión estable de pareja» y pese a que la misma denominación de pie a pensar en ello, no creo que –atendida la finalidad de la disposición– haya de referirse necesariamente a la constituida de acuerdo con las disposiciones de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, por lo que lo dispuesto en el artículo 531-26.1.c) CCCat es igualmente aplicable a la unión de pareja no regulada por dicha ley, siempre que sea «estable»⁴⁵.

d) Cuando la usucapión se produce entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar.

Se corresponde con el supuesto de suspensión de la prescripción del artículo 121-16.d) y e) CCCat. Al igual que en el caso anterior, el legislador ha pensado que la existencia de una usucapión en curso en la que se vean implicadas –tanto a favor como en contra– las personas a las que se refiere el precepto no beneficia el correcto desarrollo de la potestad de los padres o de la tutela. Incidentalmente, la disposición admite que personas carentes de capacidad de obrar puedan usucapir, lo cual se explica porque basta la capacidad natural para adquirir la posesión (art. 521-3 CCCat), produciéndose el efecto adquisitivo de la usucapión «sin necesidad de que (el poseedor)... haga ninguna actuación» (art. 531-23.2 CCCat).

Aunque el artículo 531-26.1.d) CCCat no se pronuncie al respecto, hay que entender que la suspensión se mantiene mientras subsiste la potestad o la tutela.

⁴⁵ Así, p. ej., con relación a una unión de pareja uno de cuyos integrantes sea una persona casada, en cuyo caso –tal y como se desprende del art. 1 Ley 10/1998– la unión no está sujeta a la regulación legal.

7.3 Los efectos de la suspensión de la usucapión

El párrafo segundo del artículo 531-26 CCCat se ocupa de los efectos de la suspensión de la usucapión. Aunque el precepto se limita a señalar que «el tiempo de suspensión de la posesión no se computa en el plazo para usucapir establecido por las leyes», del contenido de la disposición se desprenden tres consecuencias distintas: en primer lugar, que la aparición de una causa de suspensión de la usucapión detiene el cómputo del plazo de tiempo de la misma; en segundo lugar, que el tiempo que dura la circunstancia suspensiva no se tiene en cuenta en el plazo para usucapir; y, en tercer lugar, que desaparecida esta circunstancia, se reanuda el cómputo del plazo, a partir del momento en que se detuvo, teniendo en cuenta el tiempo ya transcurrido hasta ese momento. Esta circunstancia diferencia la suspensión de la usucapión de su interrupción, en la cual, la desaparición de la causa que paraliza o detiene la usucapión en curso no provoca la reanudación del cómputo del plazo, sino el inicio de éste de nuevo y desde el principio (cfr. art. 531-25.2 CCCat).

8. LA RENUNCIA A LA USUCAPIÓN

El artículo 531-29 CCCat regula la renuncia a la usucapión y a través de esta regulación se pone de relieve lo peculiar de este título adquisitivo⁴⁶. El precepto, en efecto, permite distinguir entre *renuncia al título adquisitivo* y *renuncia al derecho adquirido*, ocupándose sólo de la primera, mas no de la segunda, cuya regulación –en cualquier caso– resultaría ociosa habida cuenta la disposición general recogida en el artículo 532-4 CCCat⁴⁷. Esta distinción entre *renuncia al título adquisitivo* y *renuncia al derecho real adquirido* opera única y exclusivamente en el ámbito de la usucapión y se justifica porque sólo en este ámbito es necesario, por más que se haya producido efectivamente la adquisición del derecho real (cfr. art. 531-23 CCCat), alegar el título adquisitivo (art. 531-28 CCCat) como requisito de ejercicio de dicho derecho.

⁴⁶ El artículo 531-29 CCCat, bajo la rúbrica «Renuncia», establece lo siguiente: «1. La renuncia requiere la capacidad para disponer del derecho usucapido. 2. La renuncia al derecho usucapido no perjudica a los acreedores de quien ha adquirido por usucapión, ni a los titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido. 3. La renuncia no impide a quien ha adquirido por usucapión volver a iniciar la usucapión del mismo derecho».

⁴⁷ Según el artículo 532-4 CCCat, «[e]l derecho real se extingue si los titulares, unilateral y espontáneamente, renuncian al mismo», añadiendo a continuación que «[l]a renuncia hecha en fraude de acreedores de los renunciantes o en perjuicio de los derechos de terceros es ineficaz».

Pues bien, la «renuncia a la usucapión» del artículo 531-29 CCCat se refiere a la usucapión *consumada* y se predica del propio título adquisitivo, constituyendo –en rigor– una renuncia a alegar dicha usucapión y a hacer valer el derecho adquirido a través de la misma. Se trata, pues, de una renuncia a la *usucapión consumada* y *no alegada* y esta renuncia no se refiere ni puede confundirse con la renuncia al derecho adquirido por usucapión, por más que el precepto exija, para su validez, «capacidad para disponer del derecho». La exigencia obedece, simplemente, a que la renuncia al título adquisitivo incide en el derecho que se adquiere por medio de dicho título; pero no constituye una renuncia al derecho en sentido estricto, porque esta renuncia presupone un derecho existente y oponible, circunstancia esta última que no concurre en el derecho real adquirido por usucapión *antes* de la alegación. La renuncia a la usucapión *consumada* y *no alegada* equivale, pues, a negar la adquisición del derecho, de modo que resulta como si no se hubiera producido. En cambio y a diferencia de la renuncia a la usucapión consumada y no alegada que regula el artículo 531-29 CCCat, la renuncia al derecho adquirido por usucapión es la que se produce con posterioridad a la alegación, una vez realizada ésta: de ahí que afecte de forma directa al derecho usucapido y puesto de manifiesto a través de dicha alegación, provocando su extinción, que se regula de acuerdo con las reglas generales (cfr. artículo 532-4 CCCat).

Así pues, con relación a la usucapión, cabe plantear la posible existencia de cuatro clases de renuncia: la renuncia a la *usucapión consumada* y *alegada*, que constituye, en rigor, la renuncia al derecho real usucapido en sentido estricto y que se regula, con carácter general, en el artículo 532-4 CCCat; la renuncia a la *usucapión consumada* y *no alegada*, que es de la que se ocupa específicamente el artículo 531-29 CCCat; la renuncia a la *usucapión en curso*, recogida en el artículo 531-27 CCCat y que, de acuerdo con sus disposiciones, constituye una causa de interrupción de la usucapión⁴⁸; y por último, la renuncia a la *usucapión futura* o renuncia anticipada a la usucapión, no regulada, pero que debe considerarse inadmisibles y nula si, pese a todo, se produce (arg. *ex art.* 121-10.1 CCCat).

8.1 Los requisitos de la renuncia a la usucapión consumada

El artículo 531-29.1 CCCat exige, para la validez de la renuncia a la usucapión consumada, «capacidad para disponer del derecho

⁴⁸ Cfr., *supra*, epígrafe 6.1.4 de este trabajo.

usucapido». Esta exigencia contrasta con lo previsto en la regulación de la capacidad para adquirir y ejercer la posesión, con relación a la cual el artículo 521-3.1 CCCat establece que es suficiente la denominada «capacidad natural». Es decir, que mientras que para usucapir basta simplemente capacidad natural, para renunciar a la usucapión se requiere capacidad de obrar; ahora bien, aquí no existe contradicción alguna, puesto que no es lo mismo «adquirir» que «renunciar» y la renuncia, en cuanto acto que implica un sacrificio o perjuicio patrimonial, exige en quien la realiza mayor capacidad que la adquisición.

Como ya se ha dejado apuntado, el hecho de que el precepto aluda a la «capacidad para disponer del derecho usucapido» como requisito de validez de la renuncia puede llevar a pensar que a lo que se renuncia es al derecho real adquirido a través de la usucapión y no a la usucapión misma. Sin embargo, ya entonces se señaló que no es así: la renuncia se refiere a la usucapión *consumada* y *no alegada*, lo que supone renunciar al título adquisitivo de la usucapión; y si esta renuncia afecta al derecho adquirido lo es en el sentido de no ejercitarlo y hacerlo valer.

Por otra parte, el precepto no se ocupa de la legitimación para efectuar esta renuncia, pero es obvio que sólo podrá realizarla el poseedor *ad usucapionem* que haya consumado la usucapión.

8.2 Los efectos de la renuncia a la usucapión consumada

Con relación a los efectos de la renuncia a la usucapión consumada y no alegada, hay que distinguir dos cuestiones: la relativa a las consecuencias jurídicas de la misma respecto del título adquisitivo y la que se refiere a su repercusión frente a terceros. Ahora bien, mientras que de esta última se ocupa expresamente el párrafo segundo del artículo 531-29 CCCat, a la primera cuestión sólo alude de forma incidental el último párrafo del precepto y dichas consecuencias han de deducirse de la configuración de la usucapión de que parte el legislador catalán.

8.2.1 LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RENUNCIA AL TÍTULO ADQUISITIVO

La renuncia a la usucapión *consumada*, por más que *no haya sido alegada*, en tanto en cuanto se refiere al título adquisitivo de la usucapión, incide sobre un derecho efectivamente «adquirido» (cfr. art. 531-29.2 y 3 CCCat) o «usucapido» (art. 531-29.1 y 2 CCCat) y determina la pérdida de su titularidad por parte del usu-

capiente renunciante, en la medida en que éste puede «volver a iniciar la usucapión del mismo derecho» (art. 531-29.3 CCCat) y deberá hacerlo si quiere (volver a) convertirse en titular. En este sentido, la disposición del artículo 531-29.3 CCCat es importante, no sólo porque pone de manifiesto que el renunciante puede volver a usucapir sin que esto signifique ir contra sus propios actos (cfr. art. 111-8 CCCat), sino, sobre todo, porque revela que el usucapiente renunciante deja de ser realmente titular del derecho que adquirió por usucapión.

Ahora bien, puesto que el usucapiente renunciante no ha alegado la consumación de su usucapión y no ha puesto de manifiesto el derecho adquirido a través de la misma, la consecuencia que deriva de la pérdida de su titularidad es que el derecho usucapido del titular anterior recupere toda su vigencia y eficacia. Así, si la usucapión a la que se renuncia se refería al derecho de propiedad, el bien no se convierte en *res nullius*, sino que el propietario frente al que se usucapió vuelve a ostentar su derecho como si nunca lo hubiera perdido; y si se trataba de una usucapión liberatoria, no sólo revive el derecho de propiedad, sino también los derechos reales limitados extinguidos como consecuencia de la misma. En cambio, si la renuncia se produce una vez *consumada y alegada la consumación de la usucapión*, dicha renuncia determinará que el bien carezca de dueño y se convierta en *res nullius*; y, por supuesto, igual consecuencia se producirá si se trata de la renuncia a una usucapión liberatoria, no reviviendo tampoco los derechos reales limitados extinguidos. En uno y otro caso, pues, el usucapiente renunciante pierde su derecho de propiedad y, al no recuperarlo el propietario anterior, el bien queda en situación de abandono.

En el supuesto de que el derecho usucapido fuera un derecho real limitado y la usucapión operara frente a su titular, la renuncia a la *usucapión consumada y no alegada* supone la recuperación de la titularidad del derecho por parte de quien era su titular y no beneficia al propietario del bien, circunstancia que, en cambio, se producirá si se renuncia a la *usucapión consumada y alegada*, puesto que, en tal caso, el gravamen se extingue y la propiedad queda libre de cargas. Sin embargo, si la usucapión del derecho real limitado se produjera frente al dueño, las consecuencias de la renuncia a la *usucapión consumada y no alegada* serían las mismas que las que derivarían de la renuncia a la *usucapión consumada y alegada*: desaparece el gravamen y el propietario ostenta su titularidad como libre. En este caso, pues, los efectos de la renuncia al título adquisitivo coinciden con los de la renuncia al

derecho adquirido, por más que –como ya se ha visto– la razón de ello sea distinta.

8.2.2 LA INOPONIBILIDAD DE LA RENUNCIA AL TÍTULO ADQUIISITIVO

El artículo 531-29.2 CCCat sanciona el «no perjuicio» de los acreedores del usucapiente renunciante y de los titulares de los derechos constituidos por éste sobre el bien usucapido en el caso de renuncia a la usucapión consumada y no alegada. Con esta expresión –«no perjuicio»– se alude a la *inoponibilidad* de la renuncia frente a determinadas personas, titulares de derechos que el legislador considera merecedores de protección (cfr., también, art. 531-14 CCCat y, con carácter más general, art. 111-6 CCCat). Esta «inoponibilidad» es una manifestación específica que se predica de la eficacia de determinados actos jurídicos, en concreto, de los de naturaleza dispositiva: dichos actos producen efectos para quienes los realizan en la medida en que sean titulares del bien que enajenan o de que disponen, pero son ineficaces frente a terceros que puedan resultar perjudicados por la disposición, respecto de los cuales el acto dispositivo se tiene como no celebrado. En este sentido, el artículo 531-29.2 CCCat reproduce, si bien con mayor precisión, la misma idea que recoge el artículo 532-4.2 CCCat, puesto que, en rigor, la renuncia al derecho real en fraude de acreedores o en perjuicio de los derechos de terceros no es «ineficaz», sino «inoponible» a unos y a otros.

Los beneficiarios de la disposición contenida en el artículo 531-29.2 CCCat son –como ya se ha dejado apuntado– los acreedores del usucapiente renunciante y los titulares de los derechos constituidos por éste sobre el bien usucapido: aunque con relación a estos últimos el precepto los califica, sin más, como «titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido», destacando que lo son de derechos *constituidos* y no simplemente *adquiridos*, hay que entender que quien los constituyó fue el mismo usucapiente que renunció a la usucapión consumada y no alegada. Por otra parte y en cuanto a estos «derechos», si bien lo genérico de la expresión permitiría referirla tanto a los derechos reales como a los derechos personales o de crédito, los «derechos constituidos» de que habla el artículo 531-29.2 CCCat lo son sólo los primeros, toda vez que la protección a los titulares de los derechos de crédito se reconduce a la que establece para todos los «acreedores» el propio precepto.

En este contexto, importa fijar de qué derechos de crédito y de qué derechos reales se ocupa concretamente el artículo 531-29.2

CCCat, puesto que la protección que les dispensa el precepto no es ilimitada. En este sentido y por lo que respecta a los derechos de crédito, esta protección alcanza a todos aquellos de los que sea deudor el usucapiente renunciante y que existan en el momento en que se produce la renuncia. En cuanto a los derechos reales, la protección alcanza única y exclusivamente a los constituidos por el usucapiente entre la consumación de la usucapición y su renuncia; con relación a los constituidos durante el período de usucapición, el usucapiente, al no haber adquirido todavía derecho alguno, carecía de poder de disposición para constituirlos y, por tanto, sólo serán oponibles aquellos cuya usucapición se hubiere consumado –a su vez– en el momento de la renuncia.

La inoponibilidad de la renuncia a la usucapición consumada y no alegada permite a los titulares de los derechos protegidos por el artículo 531-29.2 CCCat ejercitarlos como si esta renuncia no se hubiera producido. Por tanto, pueden hacer valer y alegar en su propio beneficio la usucapición en virtud de la cual su deudor o la persona que constituyó el derecho a su favor adquirió el derecho usucapido frente al titular originario que –como consecuencia de la renuncia a la usucapición consumada y no alegada– recupera su titularidad. A este respecto, cabe una última puntualización: la posibilidad de hacer valer la usucapición que regula el artículo 531-29.2 CCCat no se confunde con la contemplada en el artículo 531-28 CCCat, puesto que este precepto se refiere a una usucapición consumada y no alegada, mientras que aquél se predica –como se ha señalado reiteradamente– de una usucapición consumada, no alegada y renunciada.

¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

Profesora Titular de Derecho Civil
Barcelona / Münster*

RESUMEN

Es correcto afirmar que estamos ante un fenómeno de «neoformalismo contractual comunitario» que, aunque no afecta por igual a todos los ámbitos, es especialmente relevante en el Derecho del consumo. Ahora bien ¿qué se entiende por «forma» en el Derecho comunitario? De la respuesta dependerá la aplicación de una u otra sanción a su infracción, que es algo que el legislador europeo apenas regula y, por tanto, que cada Estado miembro interpreta de la manera que tiene por conveniente. Con todo, el principal objetivo de este trabajo se sitúa en un estadio preliminar, esto es, la delimitación de la forma del contrato y la de la información, lo que, a su vez, exige distinguir entre la forma externa (de la declaración) e interna (contenido) en cada uno de los elementos del citado binomio.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El formalismo en el derecho contractual comunitario de consumo.* 1. La política legislativa. 1.1. La forma del contrato. 1.2. La formalización de la información. 1.3. De la formali-

* Se reproduce por escrito, con el permiso de los coordinadores, la conferencia pronunciada en el I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit, celebrado en Palma de Mallorca los días 26 y 27 de abril de 2007, sin otro añadido que un aparato bibliográfico esencial y la necesaria actualización de los preceptos de Derecho español que han sido incorporados en el *Texto refundido de la Ley General de Protección de los Consumidores y Usuarios* (= TR) mediante el RDLeg. 1/2007 («BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). Al Prof. Dr. Ferran Badosa (U. Barcelona) le agradezco el largo diálogo que este trabajo ha generado. La publicación forma parte de una investigación más amplia llevada a cabo en la *Wilhems-Wesfälische Universität Münster*, gracias a una beca otorgada por la fundación *Alexander von Humboldt*. El trabajo se integra igualmente en la investigación del Grupo consolidado SGR (2005) 00759.

zación de la información a la forma del contrato. 2. El Derecho material: los actos formales del proceso de contratación. 2.1. El contrato. 2.2. La información. 2.2.1. La obligación de informar. 2.2.2. El contenido. 2.2.3. El momento de cumplimiento. 2.2.3.1. Información pre contractual. 2.2.3.2. Información contractual. 2.2.3.3. Información poscontractual. 2.2.3.4. Deber de proporcionar una copia del contrato.–III. *Forma externa y forma interna del contrato y de la obligación de informar*. 1. Forma externa e interna del contrato. 2. Forma externa e interna de la información. 3. Posibilidad y utilidad de la distinción.–IV. *¿Un sistema adecuado de sanciones?*–V. *Conclusiones*.–VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es lugar común en la doctrina la afirmación según la cual se está ante un fenómeno de neoformalismo contractual comunitario, que es especialmente relevante en el Derecho del consumo¹. Menos frecuente es encontrar una explicación clara de lo que deba entenderse por *forma* en el Derecho comunitario. De entrada, las expresiones «forma del contrato» o «forma o formalismo contractual» son ambiguas. Entendidas en sentido estricto, se refieren a la forma del negocio. Por el contrario, en el Derecho comunitario alcanzan un significado más amplio. Lo que se quiere significar es la presencia de la forma en toda la operación de contratación, lo que incluye el contrato y todas las obligaciones legales accesorias y complementarias de la prestación principal (art. 1258 CC), cuando éstas tengan carácter formal. Es el caso, principalmente, de la obligación de información; pero no de la de proporcionar una copia del contrato o elevar éste a escritura pública o, por poner un último

¹ No así en los contratos mercantiles, en los que prima el principio de libertad contractual [art. 13.2 (la exigencia de forma escrita queda a la discrecionalidad de los Estados Miembros), artículo 20.2.a) (sólo la cláusula de no competencia debe establecerse por escrito) Dir. 1986/653, sobre agentes comerciales], exactamente igual que en los contratos internacionales (art. 11 Convenio de Viena; art. 10.1.2 Propuesta de Reglamento «Roma I»). En lo que concierne a los contratos electrónicos, la EM 34 y el artículo 9.1 de la Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico, se limitan a afirmar que todo Estado debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos –y, especialmente, los formales– que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. Y, en la línea, la EM 17 Dir. 99/93, sobre firma electrónica, establece que las disposiciones legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos. Del principio de libertad de forma en el *acquis*, del que en la legislación de consumo se encuentran múltiples excepciones, se hacen eco los *Acquis Principles* (art. 1:303 ACQP). Vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther –PASA, Barbara– VAQUER ALOY, Antoni, comentario al artículo 1:303 ACQP en: ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. Contract I*, München, Sellier, 2007, 41-45. Además, artículo 2:101 (2) PECL y artículo 1.2 PU. Sobre los *Acquis Principles* y la presentación de su traducción al castellano, vid. el editorial con el que se inicia la crónica de Derecho europeo en I (2008) ADC.

ejemplo, la de procurar una traducción del mismo. Por ello, es más correcto utilizar las expresiones «formalismo en la contratación de consumo» o «forma del proceso contractual» para englobar todo el proceso de contratación y, en su caso, precisar oportunamente cuando se quiera significar otra cosa más concreta.

Ése es ahora mi objetivo, más bien modesto. Su delimitación es esencial para establecer un sistema adecuado de sanciones pero, dada la complejidad del tema, en esta ocasión no me detendré en un estudio detallado de este aspecto.

Aunque las que a continuación se señalan no son las únicas normas comunitarias referidas en el texto, fundamentalmente se toman en consideración las siguientes ²:

a) Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales;

b) Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, sobre crédito al consumo;

c) Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, sobre viajes combinados;

d) Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, sobre contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles a tiempo compartido;

e) Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, sobre contratos a distancia;

f) Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, sobre comercialización de servicios financieros a distancia.

II. EL FORMALISMO EN EL DERECHO CONTRACTUAL COMUNITARIO DE CONSUMO

Numerosas Directivas exigen forma escrita del contrato y el cumplimiento de otras obligaciones complementarias, especialmente la de proporcionar información que, como se ha adelantado ya, acostumbra a ser formal ³. Las normas comunitarias no siempre precisan de igual manera lo que deba entenderse por forma escrita. Por ejemplo, referida al contrato ¿es la firma de los contratantes parte de la misma? Ni siempre la forma «por escrito» tipifica

² Recopiladas en SCHULZE, Reiner –ZIMMERMANN, Reinhard– ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

³ Sobre todo ello, *vid.* Anexo III, § 2.1 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 11 de julio de 2001 (COM [2001] 398 def.), sobre Derecho contractual europeo (DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001).

indistintamente los signos legibles sobre papel o en cualquier otro soporte duradero⁴. A veces, lo que ocurre es, más bien, que una y otra modalidad se reputan distintas, aunque frecuentemente se equiparen⁵. Con todo, su estudio nos llevaría ahora muy lejos y, en consecuencia, de eso tampoco me voy a ocupar en esta ocasión⁶. Más importante me parece detenerme en lo que, en sentido amplio, deba entenderse por formalismo contractual en el Derecho privado europeo. Éste puede analizarse desde dos perspectivas: una, de política legislativa; y otra, de Derecho material.

1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA

El formalismo del Derecho privado europeo se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo, que generalmente inclu-

⁴ El artículo 10.3 Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico, alude a sus características, pero no define lo que deba entenderse por «soporte duradero». Pero ya sí, el artículo 2.f) Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros; artículo 2.12 Dir. 2002/92, sobre mediación en los seguros; artículo 3/2 letra k de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo para la reforma de la Directiva de crédito al consumo [COM (2002) 443-DO C 331 E de 31 de diciembre de 2002], una vez modificada por la Comisión de las Comunidades europeas [COM (2005) 483 final] (Bruselas, 7 de octubre de 2005): «“soporte duradero”: cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda referirse a ella fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada». Además, el ya aludido artículo 2.12 Dir. 2002/92, sobre mediación en los seguros, proporciona ejemplos: «[E]n particular se entenderá por soportes duraderos los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y el disco duro del ordenador del consumidor en el que se almacena el correo electrónico, pero no incluyen un sitio Internet, salvo si dicho sitio cumple los criterios especificados en la definición de los soportes duraderos.» Sobre esa base, *vid. art. 1:305 Acquis Principles*. Antes, de modo similar, artículo 1:301(6) PECL y 1:111 PU. En la doctrina, DEMOULIN, Marie, «La notion de «support durable» dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?» (2000) *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 361-377. En cuanto a la equiparación entre el soporte impreso (papel) y el duradero, *vid. infra* nota 5.

⁵ La equivalencia entre lo que a veces es «por escrito» –y, a veces «en papel»–, y el soporte duradero se encuentra en las siguientes Directivas: Artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos a distancia; artículo 6.3 Dir. 99/44, sobre determinados aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo; artículo 5.1 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros. Además, artículo 2.3 Dir. 2002/47, sobre acuerdos de garantía financiera; artículo 13.1 a Dir. 2002/92, sobre la mediación en los seguros. Por «escrito» y por vía «electrónica» tienen valor equivalente en los artículos 3.1 y artículo 4.1 Dir. 97/5, relativa a las transferencias transfronterizas. La Propuesta del reforma de la Directiva de crédito al consumo (*vid. supra* n. 4), utiliza y equipara las expresiones «soporte impreso» y «soporte duradero» (arts. 22/12; 11/13.4, 25/17.1; 29/20 i). Según el artículo 1306 ACQP: «[S]e entiende que una declaración en forma de texto o en soporte duradero ha sido realizada por escrito si el texto puede almacenarse con carácter permanente y en caracteres que sean legibles de manera inmediata».

⁶ *Vid.* un intento de sistematización en: ARROYO –PASA–VAQUER, comentario a los artículos 1:303-1:306 ACQP, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 41-56. Los *Acquis Principles* agrupan los diferentes requisitos relativos a la forma escrita en cuatro niveles que, del más básico al más estricto, son los siguientes: forma de texto (texto expresado en caracteres alfabéticos u otros, que puede ser reproducido de forma material, en papel o electrónica), soporte duradero (el escrito no sólo es capaz de ser almacenado electrónicamente, sino que se proporciona ya en ese medio), por escrito (letras sobre papel, en la práctica más frecuente), y firma.

ye contratos de adhesión y condiciones generales y un contenido contractual legal predeterminado. En este contexto, la forma tiene básicamente carácter protector del consumidor frente al empresario y, lógicamente, se centra en el documento privado.

1.1 La forma del contrato

En su acepción normal, equivalente a medio de expresión del contenido contractual (declaración), la expresión «forma escrita del contrato» debe considerarse un estadio formal básico: contra-puesto a «forma oral» y sinónimo de «documento privado»⁷. La escritura permite acreditar cuáles son los compromisos adquiridos, lo cual beneficia tanto al consumidor como al empresario que acuda a los tribunales para obtener el cumplimiento de la prestación⁸. La función de la forma escrita (del contrato) no es servir de medio de prueba de la existencia del contrato frente a terceros (art. 1218 CC); lo es simplemente entre las partes (*ex art. 1225 CC en relación con el artículo 1257 CC*).

El Derecho comunitario de consumo no se refiere a las otras formas igualmente reguladas en los Derechos nacionales⁹.

El tipo de forma (escrita, en este caso) se subordina a su valor o función. Es decir, que si bien aquél, explícita o implícitamente, puede venir legalmente impuesto, siempre está condicionado por la función que cumpla la forma: *ad solemnitatem*, *ad probationem*, requisito de ejercitabilidad de los derechos u oponibilidad frente a terceros¹⁰. Tampoco sobre esto último se pronuncia el Derecho

⁷ Que las previsiones sobre forma se limitan al documento privado es algo que se aprecia, por ejemplo, en la EM, 13 y artículo 2.4 Dir. 87/102, sobre crédito al consumo, que se refiere, para excluirlos del ámbito de aplicación de la Directiva, a los documentos auténticos autorizados por notario o juez. También se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico, los contratos en que intervienen tribunales, autoridades públicas o profesionales. Fuera del ámbito del Derecho contractual de consumo, otras exigencias referidas a la forma notarial, en: ARROYO-PASA-VAQUER, comentario al artículo 1:303 ACQP, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 44.

⁸ HEISS, Helmut, «Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes», en: SCHNYDER, Anton K.-HEISS, Helmut-RUDISCH, Bernhard, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen, Mohr, 1995, [87-103], 95.

⁹ RIESENHUBER, Karl, *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter, 2003, § 14, 325.

¹⁰ Para una perspectiva de Derecho comparado sobre los tipos de forma y sus funciones, VON MEHREN, Arthur, «Formal Requirements», *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-10, Tübingen, Mohr, 1999, 1-140; KÖTZ, Heinz-FLESSNER, Axel, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, Mohr, 1996, 124-126. En concreto, para el Derecho francés, BECQUÉ-ICKOWICZ, Solange, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2004, 59-60 (forma *ad probationem*, *ad solemnitatem*, *ad opposabilitatem*) y sus funciones (*op. cit.*, pp. 60 ss.). Para el Derecho inglés, que pone más el acento en la finalidad que persigue la forma que en la categorización de los tipos, a pesar de existir formas igualmente «cualificadas» (*deed*), *vid.* WHITTAKER, Simon, «Form» en: *Chitty on Contracts*, I, London, Sweet & Maxwell, 2004, §§ 4-001-002, 330-331. En Ita-

comunitario, lo que significa que los Estados miembros no sólo pueden adaptar el tipo de forma escrita a alguna de las funciones preexistentes en los respectivos ordenamientos jurídicos, sino que incluso pueden prever formas distintas, más severas ¹¹.

En definitiva, en el Derecho privado europeo la regulación de la forma del contrato supone un factor de unificación jurídica mínimo. Aunque los tipos no son libres, el legislador comunitario respeta las formas estatales y sus funciones tradicionales. En el Derecho español (en todo o en parte generalizable a otros ordenamientos) éstas son cuatro. Dos de ellas deben ponerse en relación con el negocio: son *ad solemnitatem* (art. 1628 CC) y *ad probationem* (art. 1218, 1225, 1280 CC). Las otras dos se refieren a una cualidad: la de la ejercitabilidad de los efectos o *ad exercitium* (Base 19 final, art. 1279 CC) y la de inscriptibilidad del negocio o *ad inscriptionem* (art. 3 LH). Sus funciones son objetivamente neutras porque no tienen en cuenta quienes son las partes. Y son de Derecho cogente, es decir, irrenunciables ¹².

lia, PERLINGIERI, Pietro-FAVALE, Rocco, § 26. Forma, en: PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di Diritto Civile*, Roma-Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2005⁴, 382-388. En Alemania, HÄSEMAYER, Ludwig, «Die Bedeutung der Form im Privatrecht» 1 (1980) *Juristische Schulung* 1-9; MEDICUS, Dieter, *Grundwissen zum Bürgerlichem Recht*, Berlin, Carl Heymanns, 2006⁷, § 7 IV, Rn. 94-100, 65-67. En España, *vid. infra* nota 12.

¹¹ Vgr., en Alemania, el contrato de tiempo compartido precisa de la forma escrita (§ 484.1.I BGB) sólo si no está prevista una forma más estricta en otras disposiciones. La forma escrita se contrapone a la forma de texto, que es un estadio inferior (§ 126 b BGB) (sobre el tema, BÖRNER, Fritjof-RATH, Michael, «VI. Allgemeine Regelungen für besondere Betriebsformen» en: SCHIMMEL, Roland. BUHLMANN, Dirk (Hrgs.), *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißtel, Luchterhand, 2002, Rn. 27-31, 374-376. Para la crítica a este tipo de forma, MEDICUS, *Grundwissen*, § 7 IV, Rn. 94, 65: «[...] ein unsinniger Name: Der Text ist der Inhalt jeder Erklärung und nicht deren Form!»). Una forma más estricta, tanto respecto de la forma del texto como de la escrita, es la escritura pública, que es la que viene exigida en el contrato de *time sharing* cuando éste convierte al adquirente en propietario o titular de un derecho real (§§ 128, 311 b. 1, I BGB). Su inobservancia se sanciona con la nulidad (§ 125 BGB), pero el contrato queda convalidado si se realiza el acuerdo de transmisión y la inscripción en el Registro Inmobiliario (§ 311 b. 1, II BGB). En todo caso, se excluye la forma electrónica (§ 484.1, II BGB). Sobre el particular, KELP, Ulla, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 148-149. En España, la escritura pública es posible, pero no necesaria. Puede pedirla el adquirente, que debe haber sido informado de ese derecho (art. 9.1.11.º b L 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias [«BOE» 300, de 16 de diciembre de 1998]), si desea inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad (art. 9.1.11.º c y 14.1 L 42/98). Se trata, pues, de forma *ad inscriptionem* y no *ad solemnitatem*, en el bien entendido de que ni el notario otorgará la escritura ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 9 (art. 14.3 L 42/98). Para una visión de conjunto, *vid.* SCHULTE-NÖLKE, Hans-BÖRGER, Andrea-FISCHER, Sandra, «Comparative Analysis. D. Timeshare Directive (94/47)» en: *Consumer Law Compendium* [416-475], 440-441 (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm).

¹² Para el estudio de la forma en el Derecho español, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, *La forma en los contratos en el Código civil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1996.

1.2 La formalización de la información

El Derecho comunitario potencia la función informativa de la forma y formaliza todo tipo de informaciones¹³: tanto las que proporcionan el contenido del contrato, como las declaraciones del empresario previas a la contratación, formen o no parte de aquél.

La formalización de la información tiene las siguientes funciones:

a) Función preventiva. La finalidad es poner al alcance del consumidor información escrita que le permita conocer con claridad aquello sobre lo que contrata y le permita su consulta en cualquier momento¹⁴. De ahí la frecuente equiparación de la forma escrita al soporte duradero¹⁵. Con ello se persigue evitar errores y, por ende, el efecto sorpresa en la contratación¹⁶;

b) Función de control. Del consumidor sobre el empresario, permite a aquél comprobar el cumplimiento del deber de información de este último y, *a posteriori*, apreciar si el contenido del contrato y el de la información contractual son conformes.

1.3 Dela formalización de la información a la forma del contrato

A veces, la información que el empresario tiene la obligación legal de proporcionar debe incluirse en el contrato. En esos casos, la exigencia de forma se extiende a él¹⁷. Lo que equivale a decir que éste es formal, pero no por sí mismo, sino porque incluye informaciones que sí que lo son¹⁸.

¹³ La afirmación es común en la doctrina alemana, que se refiere a los deberes de información formalizados o *formalisierte Informationspflichten*. *Ad exemplum*, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH (Hrgs.), *Internationale Verbraucher-schutzrecht*, 100.

¹⁴ Por todos, MANKOWSKI, Peter, «Information and formal requirements in EC Private Law» 6 (2005), *European Review of Private Law* [779-788], 781.

¹⁵ *Vid. supra* nota 5.

¹⁶ RIESENHUBER, *System*, § 14, 324.

¹⁷ En la línea, aunque expresado de otra manera, POILLOT, Elise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2006, 105, y allí más citas; MASUCCI, Silvia T., «La forma del contrato», en: LIPARI, Nicolò, *Tratattato di Diritto privato europeo*, III, Padova, Cedam (ed.), 2003, [196-243], 199.

¹⁸ Son ejemplos: artículo 4.1 Dir. 82/107, de crédito al consumo; artículo 4 segundo guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; artículo 4.2 a Dir. 90/514, sobre viajes combinados. En la doctrina, *vid.* MASUCCI, «La forma» en: LIPARI, *Tratattato*, I, 208: «[...] diviene difficile, o comunque riduttivo, pensare alla «forma» del contratto slegata da ogni riferimento alla necessità di rispettare obblighi di informazione particolarmente stringenti in relazione alla qualità della controparte contrattuale, dei quali, anzi, l'ordinamento non si limita ad indicare l'assistenza, ma anche il contenuto e quindi il risultato, da valutarci in base al parametro del consumatore medio». La misma autora, *op. cit.*, 214.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que mientras que en los ordenamientos jurídicos nacionales la forma del contrato afecta a su conclusión, en el Derecho comunitario generalmente se localiza en un estadio anterior: en las informaciones precontractuales que, en su caso, luego se incorporan como contenido contractual¹⁹.

2. EL DERECHO MATERIAL: LOS ACTOS FORMALES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Cuando las declaraciones en el proceso contractual comunitario de consumo son formales, la forma presenta dos binomios: por un lado, el ya visto, referido al contrato y la obligación de informar; por el otro, en cada uno de los elementos de esa dualidad, la forma externa y la forma interna. A ello se hará referencia con más detalle en los epígrafes siguientes.

2.1 El contrato

La forma escrita sólo se exige expresamente para algunos contratos: el de tiempo compartido²⁰ y el de crédito al consumo²¹. Por el contrario, en el contrato de viaje combinado la forma escrita es opcional²².

Los dos primeros supuestos han sido calificados de «forma constitutiva»²³. Tiene el sentido tradicional de medio de expresión de la declaración de voluntad. Es lo que podemos calificar de forma externa²⁴. Pero también existe una forma interna del contrato, que equivale a la organización de su contenido. Sobre ello volveré más adelante²⁵.

¹⁹ HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 97: «Formalisierungsvorschriften betreffen nicht nur den Vertragschluß sondern bereits das Vertragsverhandlungsstadium». Gráficamente, el autor se refiere a un «Stufenbau von Formvorschriften». Además, *op.cit.*, 100-102. El mismo autor, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen, Mohr, 1999, 147.

²⁰ Artículo 4 primer guión: «[...] el contrato [...] se hará obligatoriamente por escrito».

²¹ Artículo 4.1 Dir. 87/102: «[L]os contratos de crédito se harán por escrito».

²² Artículo 4.2 *b* Dir. 90/514: «todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito o en cualquier forma comprensible y accesible al consumidor y deberán serle comunicadas previamente a la celebración del contrato; el consumidor recibirá una copia». El contrato no requiere obligatoriamente la forma escrita y tampoco se exige que la copia lo sea.

²³ Así, RIESENHUBER, *System*, § 14, 321; HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 94, 97-98; BYDLINSKY, Peter, «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, [141-154], 145; en cierto modo, POILLOT, *Droit européen*, 104-105 y 105, n. 2.

²⁴ En este sentido, también, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 93.

²⁵ *Vid. infra* III, 1.

2.2 La información

La información es objeto de una obligación legal de hacer, unilateral del empresario, respecto de la cual la ley impone una forma. También aquí se puede diferenciar entre una forma interna (organización del contenido) y otra externa (por escrito). Tiene además un contenido determinado y unas modalidades de cumplimiento: previa, simultánea o posterior. Lo primero lo apunto ahora, sin perjuicio de profundizar sobre ello más adelante²⁶. De lo segundo me ocupo en seguida²⁷.

Es información tanto la que se incorpora como contenido obligatorio del contrato, como las declaraciones del empresario previas a su conclusión o posteriores. Sin embargo, cuando la información es contractual es preferible referirse a ella, no con ese término, sino con el de «cláusulas o menciones» (en alusión a la forma interna del contrato). Es más clarificador reservar la expresión «información» para tipificar la obligación legal del empresario.

2.2.1 LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Entre los efectos del contrato, según el artículo 1258 CC, unos son contractuales («expresamente pactados») y otros resultan de su naturaleza (vgr. el saneamiento, en los onerosos). Pero, además, la ley puede atribuir otros (1258 CC fin.). A éstos pertenecen las obligaciones complementarias, como la de informar.

En el sentido técnico de las Directivas, la obligación de información se configura como una obligación de hacer, cuyo objeto es una prestación definida en cuanto al contenido y a la forma. En un sentido menos técnico, la obligación de información incluye, además, el deber de proporcionar toda la que imponga el principio general de buena fe y que evite el dolo²⁸. En el Derecho comunitario, los deberes de información son emanación del principio de transparencia y se establecen en aras a la lealtad de las transacciones en el mercado interior. Pero, en lo que ahora interesa destacar, no necesariamente requieren su formalización por escrito²⁹.

La Dir. 93/13, sobre cláusulas abusivas, podría servir de ejemplo de ambas afirmaciones: al establecer el principio de buena fe

²⁶ Vid. *infra* III, 2.

²⁷ Vid. *infra* II, 2.2.2 y 2.2.3.

²⁸ En los Derechos nacionales, vgr., artículos 1258, 1269 CC español; § 242 BGB. En los *Acquis Principles*, vgr., artículo 2:101, 2:201, 2:202, 2:203. Antes, artículo 1:102 (1); 1:106(1), 1:201(1) PECL; artículo 1.7(1), 4.8(2) c PU.

²⁹ Sobre el principio de transparencia, recientemente, POILLOT, *Droit européen*, 94-114, 215-236. Sí que vinculan el principio de transparencia a la forma escrita, AUBRY, Hélène, *L'influence du Droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002, 87-88; HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 93.

en la negociación (art. 3.1; anexo *i*), la norma reconoce implícitamente el deber de información del empresario. Ahora bien, no lo considera un deber formal, de la misma manera que no es obligatorio que las cláusulas del contrato se proporcionen por escrito (art. 5 Dir. 93/13). Otro ejemplo sería el artículo 2.2 *d* Dir. 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo: si los bienes no cumplen con los estándares de calidad que espera el consumidor, ello querría decir que el empresario debería advertirle oportunamente y, por tanto, de ahí podría deducirse que existe un deber, siquiera indirecto, de información³⁰. Pero se trata de una información *de facto*, no impuesta como deber formal, porque ni importa la manera en que ésta se proporcione, ni tampoco se establece un contenido predefinido. En este sentido, la diferencia con el artículo 6 de la misma Directiva, respecto del deber de información sobre la garantía («por escrito»), es muy clara³¹.

2.2.2 EL CONTENIDO

En la mayoría de supuestos el contenido de la información es objeto de previsión legal y, en sí misma considerada, la información es una declaración de ciencia, supuesto que el empresario manifieste aquello que por su condición de tal debe saber y conocer. Su contenido es, pues, diferente del estrictamente contractual (declaraciones de voluntad negociales), aunque tanto las Directivas como las leyes de transposición obliguen a incluirla en el contrato³².

Conviene, sin embargo, matizar tales afirmaciones.

³⁰ Sobre el tema, WILHEMSSON, Thomas, «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law» en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, [245-265], 256; TWIGG-FLESSNER, Christian, «Information Disclosure About the Quality of goods-Duty or Encouragement?», en: HOWELLS, Geraint-JANSSEN, André-SCHULZE, Reiner, *Information Rights and Obligations*, Aldeshot, Ashgate, 2004 [135-153], esp. 140-145, 151; RIESENHUBER, Karl, «Party Autonomy and Information in the Sales Directive», en: GRUNDMANN, Stefan-KERBER, Wolfgang-WEATHERILL, Stephen, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, De Gruyter, 2001, [348-370], 353.

³¹ El artículo 2:201 de los *Acquis Principles* expresa ya como deber la necesidad de proporcionar información en estos casos (generalizable en los contratos de venta y de servicios); sin embargo, continúa siendo un deber de cumplimiento no formal: «[A]ntes de la conclusión de un contrato, una parte tiene el deber de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servicios que la otra parte pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias». Para el comentario y razón de ser del precepto, TWIGG FLESSNER, Christian-WILHEMSSON, Thomas, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 76-80.

³² Para una clasificación de los actos semejantes a las declaraciones de voluntad, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, 28-32, que en el texto resulta notoriamente simplificada porque sólo se contraponen a las declaraciones de voluntad las que se genéricamente se tipifican como «de ciencia», para agrupar todas las que no tienen que ver con las primeras.

Lo dicho respecto de la calificación como declaración de ciencia de la información que proporciona el empresario es exacto cuando se informa sobre hechos o se trata de información puramente material y no jurídica. Vgr., el nombre y la dirección del profesional³³; el precio o la descripción del bien, servicio o derecho³⁴; o la lengua en que se va a formalizar el contrato o la información³⁵. Se trata, además, de una información en beneficio de quién sea en cada caso su destinatario.

Pero la información también puede referirse a datos o situaciones jurídicas. Por ejemplo, la que tiene por objeto recordar al consumidor su derecho a desistir³⁶ o los plazos en los que podrá formular una posible reclamación³⁷; o, en general, que tiene ciertos derechos u obligaciones derivados de la ley³⁸. Lo es igualmente cuando quien informa comunica que tiene derecho a determinadas exoneraciones de responsabilidad, o explica los límites de las obligaciones contraídas, en ambos casos según lo previsto por la norma comunitaria o nacional de que se trate³⁹. En el primer supuesto, la información beneficia al informado; en el segundo, al informante. Pero en ambos casos se debe continuar calificando como declaración de ciencia.

³³ Vgr. artículo 4 Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, para permitir el derecho de desistimiento; artículo 4.1 *b ii* Dir. 90/514, sobre viajes combinados, para los casos de urgencia en el lugar de destino del adquirente del viaje; artículo 5.1, segundo guión Dir. 97/7, para presentar reclamaciones; artículo 3.1.1 *a-e* Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, para facilitar las relaciones con el proveedor.

³⁴ Vgr. artículo 3 y 4.1 Dir. 90/514, sobre viajes combinados, en cuanto a horarios, destino y alojamiento; Anexo letras *b, c, d-i* Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; artículo 4.1 *b* Dir. 97/7, sobre ventas a distancia; artículo 3.2 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia.

³⁵ Vgr. artículo 10.1 *d* Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico; artículo 3.1.3 *g* Dir. 2002/65 sobre servicios financieros a distancia.

³⁶ Artículo 3.2 *c iii* y 4 Dir. 85/577, sobre contratos fuera de establecimientos comerciales; artículo 3.1 y artículo 4 primer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido, en relación con la letra *l* del Anexo; artículo 4.1 *f* y artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos a distancia; artículo 3.1.3 *a* Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia. *Vid.* además, arts. 6/5 *k*; 10/9.2 *l, h, 11/13, 14.1* Propuesta para la reforma de la Directiva de crédito al consumo (referencia supra nota 4).

³⁷ Anexo *j* Dir. 90/314, viajes combinados.

³⁸ Así, letra *j* Anexo Dir. 94/47, tiempo compartido, en relación con la cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distinto de los mencionados en el contrato; artículo 7.3 Dir. 97/7, sobre ventas a distancia, que prevé la posible información antes de la celebración del contrato, o en el contrato, de la posibilidad de suministrar un bien de precio y calidad equivalente al solicitado por el consumidor, si éste no está disponible. En general, artículo 3.4 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, que establece el deber de información precontractual del empresario sobre las obligaciones contractuales «que deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación normalmente aplicable al contrato si éste se celebrara». En cuanto a las obligaciones, artículo 5.4 Dir. 90/314, viajes combinados, sobre el deber del adquirente de comunicar cualquier incumplimiento en la ejecución del contrato que haya comprobado *in situ*.

³⁹ Artículo 3.4 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, citado en la nota anterior.

Sin embargo, cuando la información se refiere a situaciones jurídicas que también benefician a aquel a quien informa y éste se atribuye derechos que la ley no le confiere directamente, pero sí le autoriza a asumir, en realidad se está ante una declaración de voluntad. Se trata, pues, de un contenido contractual que, aunque presentado bajo forma de información, en realidad es una declaración de voluntad caracterizada por ser unilateral, de efectos legales, y adhesiva para destinatario de la información. Por ejemplo: la posibilidad de exigir gastos de entrega⁴⁰; o, cuando ello no deba considerarse abusivo, la de resolver el contrato anticipadamente y de forma unilateral⁴¹.

2.2.3 EL MOMENTO DE CUMPLIMIENTO

El deber de información se concreta en la entrega de documentación previa a la celebración del contrato⁴², simultánea⁴³ o posterior⁴⁴. Existe, además, la posibilidad de que, en cada uno de los tres momentos, el Derecho comunitario fije plazos precisos para proporcionarla⁴⁵.

2.2.3.1 Información pre contractual

La información que se proporciona con carácter previo a la celebración del contrato tiene por finalidad permitir al consumidor un consentimiento informado, de manera que éste pueda tener claro

⁴⁰ Artículo 4.1 d Dir. 97/7, sobre ventas a distancia: «gastos de entrega, en su caso».

⁴¹ Artículo 3.1.3 c Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia. Sobre el carácter abusivo que puede llegar a tener tal cláusula, Anexo, letra g Dir. 93/13, sobre cláusulas abusivas. El Anexo 2 a de la citada Directiva, sin embargo, lo matiza para los contratos de servicios financieros a distancia.

⁴² Artículo 4.2 c Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; Artículo 3.1 Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; Artículo 4.1 Directiva 97/7, sobre contratos a distancia; Artículo 4.1 a y b Dir. 90/514, sobre viajes combinados; Artículo 5.1 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

⁴³ Vgr. el artículo 6.1 Dir. 87/102, crédito al consumo: «deberá ser informado, en el momento de la celebración del contrato o con anterioridad [...]» y confirmar por escrito tal información (art. 6.1 *in fine*). Tal confirmación puede realizarse, pues, ya «en el momento de celebración del contrato» (aunque también con anterioridad y posterioridad); artículo 4.2 a y b Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, a propósito de la información escrita del derecho de revocación: «en el momento de la celebración del contrato».

⁴⁴ Artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos celebrados a distancia, establece la posibilidad de confirmar por escrito cierta información, durante la ejecución del contrato o a la entrega del bien, es decir, en cualquier caso en un momento posterior a su celebración; artículo 5.2 Dir. 2002/65: «el proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato [...]».

⁴⁵ Artículo 5.1, segundo y tercer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido (en el momento de la firma del contrato por ambos contratantes; en el momento de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante); artículo 6.1 final Dir. 97/7, sobre contratos celebrados a distancia (información escrita sobre el derecho de desistimiento en el plazo de tres meses desde que se reciben los bienes, o desde la celebración del contrato, si se trata de servicios a distancia).

sobre lo que contrata. Potencia su libertad de contratar y, desde este punto de vista, la autonomía es total.

2.2.3.2 *Información contractual*

La autonomía reguladora, es decir, la que tiene que ver con la libertad de configurar el contenido del contrato es, por el contrario, muy escasa, supuesto que en la mayoría de supuestos el contenido viene prefigurado legalmente⁴⁶. Corresponde al empresario redactar de forma clara y precisa tales contenidos, lo que no deja de ser una manifestación formal más del deber que le incumbe⁴⁷.

2.2.3.3 *Información poscontractual*

La información poscontractual no se incluye en el proceso de formación del contrato, pero sí, en sentido amplio, en el proceso de contratación. El deber de información del empresario no es parte de la prestación; es una obligación diferente, complementaria. Es decir, es un efecto legal del contrato (art. 1258 CC)⁴⁸.

2.2.3.4 *Deber de proporcionar una copia del contrato*

Lo mismo debe decirse de la imposición del deber de proporcionar una copia del contrato⁴⁹. Con ello se tiende a facilitar al consumidor la valoración de que la prestación coincide con la debida y, además, sirve de prueba que permite dejar constancia de su conclusión y de aquello sobre lo que se ha contratado⁵⁰. En estos casos, el deber de entrega es susceptible de un tratamiento independiente de la obligación principal, pero también del deber legal de proporcionar información. Es una prestación accesoria que no forma parte de la forma estrictamente considerada⁵¹. El deber de entregar una copia no tiene

⁴⁶ Vid. *infra* III, 1 y 2.

⁴⁷ En los *Acquis Principles*, artículo 2:206. Vid. todavía *infra* III, 2, núm. 61, 62.

⁴⁸ Artículo 6.2, I Dir. 1987/102, de crédito al consumo: «[...] mientras dure el contrato, el consumidor será informado de cualquier cambio que se produzca en el tipo de interés o en los gastos pertinentes en el momento en que se produzca».

⁴⁹ Artículo 4.1, Dir. 87/102, de crédito al consumo; artículo 4 segundo guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido (aunque referido sólo a la copia de la traducción); artículo 4.2 b Dir. 9/314, sobre viajes combinados.

⁵⁰ HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 98.

⁵¹ El artículo 7.1 L 7/95, sobre crédito al consumo y el § 494 BGB lo demuestran claramente, al no sancionar con la nulidad el incumplimiento del deber de entrega/puesta a disposición de la copia (art. 6.1, II L 7/95; § 492.3 BGB), a diferencia de lo que ocurre cuando no se respeta la forma escrita del contrato. En la jurisprudencia, española, vid. SAP Barcelona, 18 de octubre de 2002 (AC 2003/99385). Eso no quiere decir que el incumplimiento del deber de proporcionar copia escrita no tenga consecuencias. En Alemania, por ejemplo, el *dies a quo*

carácter formal porque no se precisa de qué manera debe ser facilitada⁵². Excepcionalmente, lo es cuando la copia es una traducción del contrato que debe proporcionarse en una lengua determinada⁵³.

III. FORMA EXTERNA Y FORMA INTERNA DEL CONTRATO Y DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Tanto del contrato como de la obligación de informar puede predicarse una forma externa y otra interna. En los dos sentidos, se debe tener en cuenta cuándo la forma viene exigida por la ley o es libre.

para ejercer el derecho de desistimiento queda aplazado hasta que la copia del contrato sea puesta a disposición del consumidor (§ 355.2, III BGB). Además, sería posible la indemnización de daños y perjuicios, si es correcto entender que ha habido infracción de una prestación accesoria y, por tanto, una *Positive Vertragsverletzung* (§§ 241, 280 ss BGB). Al respecto, RIESENHUBER, Karl, «Nachweispflichten. Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht», en: WESTERMANN, H. P.-MOCK, K. (Hrsg.), *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, Gruyter, 2000 [721-743], 734. En Italia también se defiende, *ex artículo 1374 CC y 1453 CC it*, la aplicación de las normas sobre incumplimiento de una obligación legal. *Vid.* PUTTI, Pietro Maria, «L'invalidità nei contratti del consumatore» en: LIPARI, Nicolò (cur.), *Tratato de Diritto Privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003² [452-634], 498. El remedio que consiste en la resolución del contrato sería dudosamente posible en España, teniendo en cuenta que no se trata de un incumplimiento esencial de una obligación principal sinalagmática (art. 1124 CC). En este sentido, aunque en relación con el incumplimiento de la obligación de elevar el contrato a escritura pública, generalmente el TS rechaza la resolución (*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Obligaciones*, II, Barcelona, Librería Bosch, 2002¹¹, 113). La doctrina entiende que sería aplicable el artículo 1279 CC (posibilidad de compeler al empresario a la entrega de la copia), con posibilidad, en su caso, de pedir la ejecución forzosa (art. 1098 CC). Así, en el contexto de los viajes combinados, SANTOS MORÓN, María José, «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados» 42 (1997), *Estudios sobre consumo* [23-38], 35 ss. Pero la aplicación del artículo 1279 CC plantea problemas: ¿cómo probará el consumidor que no le fue entregada la copia para, así, poder compeler al empresario a su suministro? Lo pertinente sería exigir la inversión de la carga de la prueba, de manera que si es éste quien no pudiera probar la entrega, sería lógico tener por no puestas las cláusulas que perjudicaran al consumidor. En todo caso, es pertinente la condena a pagar daños y perjuicios por infracción de un deber legal (art. 1258 CC). Sobre el particular, *vid. infra* epígrafe V.

⁵² En el Derecho español, tampoco lo explicita el artículo 4.2 L 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados («BOE» 161, de 7 de julio de 1995) (= artículo 154.2 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007) que a diferencia de lo previsto por el artículo 4.2 *b* Dir. 90/314 (que sólo se refiere a la copia de las condiciones contractuales), sí que exige entrega de una copia del contrato (se entiende, con posterioridad a la firma, lo que puede deducirse con una interpretación amplia de la expresión «una vez formalizado» que utiliza el artículo 4.2 L. 21/95 = artículo 154.2 TR). Que la copia se deba entregar «una vez formalizado el contrato», no significa que aquélla deba ser por escrito (entendiendo por ello «en papel»), aunque sí que lo sea el contrato (art. 4.1 L 21/1995 = artículo 154.1 TR). El propio artículo 4.2 *b* Dir. 90/314 admite «cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor». Por otra parte, la necesidad de que el contrato se formalice por escrito es un requisito que añade la ley española, no exigido por la Directiva. El artículo 6.1 L 7/1995, de crédito al consumo, se refiere a la copia escrita del contrato con la expresión «[...] se formalizarán (por escrito) en tantos ejemplares como partes intervengan [...]»; aunque la Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales no exige la entrega de una copia, esto se presume en el artículo 3.1.4 L 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales: «por escrito, en doble ejemplar».

⁵³ Artículo 4 segundo guión Dir. 94/47.

1. FORMA EXTERNA E INTERNA DEL CONTRATO

Como ya se ha dicho repetidas veces, la forma externa del contrato es el medio de expresión de la declaración de voluntad. Cuando se exige, es por escrito. Por el contrario, la forma interna es la tipificación de su contenido. Es su formalización o estructuración: «menciones», cláusulas» (art. 1255 CC). Tal contenido viene frecuentemente determinado legalmente. Es lo que podría calificarse de forma *ad regulationem*, cuya finalidad es procurar uniformidad, generalmente a base de poner a disposición del consumidor formularios pre-dispuestos y unilateralmente redactados por el empresario⁵⁴.

Desde luego, el contenido informativo no agota el puramente contractual: no sólo porque el contrato puede incluir más cláusulas de las que estrictamente son objeto del deber de información⁵⁵, sino porque además es posible que se incluyan extremos distintos a los que constaban en ella⁵⁶ e, incluso, que las partes añadan otros pactos⁵⁷. En la hipótesis de que lo que conste por escrito sean acuerdos libremente estipulados –es decir, sin contenido legal obligatorio y sin que se trate de adhesión a cláusulas generales– es evidente que la protección que dispensa la forma escrita a la parte débil del contrato ya no radica en el suministro de información por el empresario. Pero su función es la misma: asegurar al adquirente la percepción y la comprensión de las cláusulas contractuales. Sin embargo, puesto que se trata de cláusulas o menciones que son el resultado de la autonomía de la voluntad, desde esa perspectiva, no se deben considerar formales. Eso significa que la infracción de la forma (interna) del contrato, según se omitan unas u otras cláusulas, no debería ser sancionada de la misma manera. A ello me referiré, siquiera muy brevemente, al final de este trabajo⁵⁸.

⁵⁴ ANDRINI, Maria Claudia, «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informativa» 17 (2001), *Contratto e impresa* [135-241], 143.

⁵⁵ En este sentido, artículo 4.2 Dir. 87/102, de crédito al consumo, «como mínimo la información prescrita en el segundo guión del apartado 1 del artículo 6»; artículo 4.3 Dir. 87/102, sobre crédito al consumo: «además, las demás condiciones esenciales».

⁵⁶ Artículo 3 final, primer guión Dir. 90/314 viajes combinados: «[...] cambios en dicha información [...]»; artículo 3.2 Dir. 94/47, tiempo compartido: «[...] cambios en la información [...]».

⁵⁷ Artículo 4.2 a Dir. 90/314, sobre viajes combinados: «[...] el contrato incluirá *al menos* las cláusulas que figuran en el Anexo». Lo que permite que los contratantes concluya otros pactos al margen de la información formalizada que es contenido obligatorio. Lo confirma el Anexo, letra j, cuando obliga a incluir en el contrato: «toda solicitud especial que el consumidor haya transmitido en el momento de la reserva al organizador o detallista y que ambos hayan aceptado». Aunque tal previsión vacía de contenido el «al menos» del precepto anteriormente citado, el ejemplo demuestra que no todo contenido contractual procede de la información; artículo 4 primer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido: «[...] *al menos* los datos que figuran en el Anexo».

⁵⁸ *Vid. infra* V.

2. FORMA EXTERNA E INTERNA DE LA INFORMACIÓN

La obligación de informar también puede ser formalizada, tanto externamente (declaración), como internamente (contenido). Con todo, la forma externa de la información es a veces libre. Generalmente ello es así cuando se trata de un deber del empresario, previo al deber de formalizar esa misma u otra información adicional por escrito⁵⁹. Tal libertad cabe deducirla igualmente en los escasos supuestos en que las directivas comunitarias omiten un pronunciamiento expreso sobre la forma, ya sea externa o interna⁶⁰.

Que el deber de informar tenga carácter formal significa dos cosas:

La principal es que debe manifestarse a través de medios concretos: en papel o mediante soporte duradero. Es la forma escrita que tradicionalmente se predica del negocio, sólo que ahora va referida a la información. Complementariamente, el contenido de la información puede venir legalmente predeterminado. Esto es, la norma establece cuál es el contenido obligatorio (forma interna) y, eventualmente, en qué lengua debe proporcionarse. Esto último forma parte de la forma externa, que es especificación de la forma escrita cuando ésta es obligatoria⁶¹. Además, el Derecho comuni-

⁵⁹ Por ejemplo, artículo 4.1 *a* y *b* Dir. 90/514, sobre viajes combinados, se refiere a la información previa a la conclusión del contrato «por escrito o de cualquier forma adecuada», aunque si esa información se incluye como cláusula contractual, debe constar «por escrito o en cualquier forma accesible y comprensible al consumidor». También el artículo 4.2 Dir. 97/7, sobre ventas a distancia, prevé que la información previa a la celebración del contrato puede realizarse «por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizado (vgr. el teléfono, artículo 4.3), aunque luego debe confirmarse por escrito o en soporte duradero la descrita en las letras *a-f* del mismo precepto (art. 5); en un servicio financiero a distancia, la información precontractual de los arts. 3.1 y 4 Dir. 2002/65, debe ser comunicada «por cualquier medio que se adapte a la técnica a distancia utilizada» y, en el artículo 3.3, se alude a la telefonía vocal. Pero esa información debe ser luego proporcionada «en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor» (art. 5).

⁶⁰ Es el caso del artículo 3.2, II Dir. 94/47, que ni obliga a proporcionar por escrito los cambios introducidos en la información precontractual (art. 3.1), ni tampoco prevé el contenido (porque, salvo pacto en contrario, aquéllos vienen provocados por circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor). Con todo, se trata de información que también se incorpora en el contrato, previo conocimiento y consentimiento del adquirente (art. 3.2, III). El artículo 5.1, segundo guión Dir. 94/47 tampoco precisa si debe ser escrita la información que el empresario debe proporcionar con posterioridad a la conclusión del contrato con las menciones obligatorias que éste omitió. Igualmente, el artículo 6.2 Dir. 87/102 omite exigir que la información sobre el cambio en el tipo de interés sea por escrito (sólo se refiere a un «extracto de cuenta o de cualquier otra manera aceptable para los Estados miembros»); ídem, artículo 6.3. El artículo 4.5 Dir. 90/314, se refiere a la notificación de los cambios sobrevenidos en los elementos esenciales del contrato, pero no precisa la manera en que ésta debe realizarse.

⁶¹ Artículo 4, segundo guión Dir. 47/94 exige que tanto el contrato como en documento informativo del artículo 3.1 deben estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente, a pesar de que el Estado miembro de residencia de éste

tario expresa la manera en que tal información debe ser presentada: de forma «clara, precisa y comprensible»⁶². Ello generalmente se identifica con un control formal (control de la forma externa)⁶³ aunque acaso no debiera tratarse sólo como un requisito de forma sino también de sentido expresivo de las palabras (deben tener un sentido claro, art. 1281.1 CC). Los Derechos nacionales exigen un plus: que la información se presente con caracteres destacados y en una posición concreta (igualmente, requisito de forma externa)⁶⁴. Es decir, exigen el formalismo de la mención⁶⁵.

último podrá imponer la obligación de que el contrato esté redactado en su lengua (siempre que sea oficial en la Comunidad). Pero entonces se obliga al vendedor a facilitar una traducción conforme del contrato (no se dice nada acerca de la traducción de la información previa) en la lengua o en una de las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el contrato. Con todo, esto último es una obligación complementaria, efecto del contrato, que no tiene nada que ver con la forma. Los artículo 3.4 (para el documento informativo) y 4.1 (para el contrato) de la Propuesta de Directiva sobre tiempo compartido, revisada por la Comisión [COM(2007) 303 final, de 7 de junio de 2007], simplifican notoriamente las cosas, al prever que la lengua de redacción debe ser una de las oficiales de la Comunidad, a elección del consumidor. *Vid.* además, sobre la lengua en el contrato, EM, 8 y artículo 10 a Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico; Anexo III [2] Dir. 2002/83, de 5 de noviembre, sobre el seguro de vida. Sobre el tema, RÖSSLER, Hannes, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht. Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, München, Beck, 2004, § 3, 150.

⁶² Sobre la necesidad de claridad y precisión en la escritura, *vid.* artículo 4.2 y 5.1 Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas: «[...] por escrito, de forma clara y comprensible»; artículo 4.1 Directiva 98/6, sobre la indicación de los precios de los productos; artículo 3.2 Directiva 90/314, sobre viajes combinados; artículo 4.1 Directiva 97/5, sobre transferencias transfronterizas; artículo 10.1 Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico: «clara, comprensible e inequívoca» (información proporcionada mediante comunicaciones electrónicas). Además, artículo 8.1 b) Directiva 2001/95, sobre seguridad en los productos, artículo 4 Directiva 94/47, viajes combinados; artículo 3.2 Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

⁶³ REICH, Norbert, *Zur Theorie des europäischen Verbraucherrechts*« (1994) *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (= ZEuP) [381-407], 392. De acuerdo, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 93; RÖSSLER, *Europäisches*, § 3, 149.

⁶⁴ Esto último se aprecia, por ejemplo, en las exigencias relativas a la información contractual sobre el derecho de revocación/desistimiento. En España, artículo 3.2 L 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles («BOE» 283, de 26 de noviembre de 1991) [= artículo 111.2 TR 1/2007]. En Bélgica, artículo 7 de la L de 11 de abril de 1999, *relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé*, que exige que se señale en negrita y dentro de un recuadro y en el recto de la primera página del contrato el texto de los artículos 9 y 10 (igualmente referido al derecho de revocación). En la misma línea, y también en relación con el mismo contrato de tiempo compartido y el derecho a desistir del mismo, Francia obliga a reproducir con caracteres en negrita el texto de los artículos L 121-63 a L 121-68 (L 121-62 Ccons). Además, artículo 7.1 y 3 de la L luxemburguesa de 18 de diciembre de 1998, *relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation a temps partiel de biens immobiliers*, que exige proporcionar en negrita la mención relativa al derecho de desistimiento. En Alemania, el Anexo 2 de la *Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht* (= BGB-InfoV) contiene un formulario que los empresarios pueden utilizar para cumplir con su deber de informar sobre la existencia de un derecho de revocación en los contratos de consumo.

⁶⁵ En expresión de LAGARDE, Xavier, «Observations critiques sur la renaissance du formalisme» (1999) *JCP-La Semaine Juridique* I 170, [1767-1775], esp. 1774.

Para concluir: por un lado está la forma de la información (por escrito, en documento privado) y, por el otro, la previsión de su contenido y su formalización (el formalismo de la mención). Es la forma externa e interna, respectivamente, del deber legal de información. En todos los casos, la forma proporciona certidumbre y concreción. Se trata no sólo de facilitar el conocimiento, sino también la comprensión.

3. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN

La pregunta que cabe formularse ahora es si es posible o tiene sentido diferenciar entre ambas formas, la del contrato y la de la información. En cuanto a si es posible, la respuesta es que sí, siempre, cuando el contenido de la información no se incluye en el contrato. A veces es autónomo, total o parcialmente⁶⁶. Pero la información no pierde su autonomía, tampoco cuando se incorpora como contenido contractual⁶⁷. Que a pesar de la absorción se puede mantener tal distinción, es algo que viene confirmado por la posibilidad de sancionar como *infracción del deber de información* los supuestos en que el contrato omite la que es preceptiva⁶⁸. Además porque, como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, no todo el contenido contractual procede de la información, sino que existe otro exclusivamente derivado de los pactos de los contratantes⁶⁹.

La falta de autonomía sólo se aprecia en los casos en que la información es contractual y simultánea a la conclusión del nego-

⁶⁶ Por ejemplo, si se trata de información anterior al contrato. Así, las cláusulas del contrato que deben figurar obligatoriamente y que se recogen en el anexo de la Dir. 90/314 de viajes combinados (art. 4.2 *a*), no incluyen toda la información que, según el artículo 4.1 *a* y *b* Dir. 90/314, es preceptiva antes de la celebración del contrato. Pero el momento puede ser indiferente. El ejemplo es el artículo 5 Dir. 97/77, sobre contratos a distancia, que se refiere a la información escrita anterior o posterior a la celebración del contrato.

⁶⁷ Artículo 4.2 *a* Dir. 90/314, sobre viajes combinados se refiere al contrato que debe incluir las cláusulas del anexo, pero el artículo 4.2 *b* exige que, antes de su celebración, éstas deben ser comunicadas al consumidor; la independencia se aprecia también el artículo 3.1 Dir. 94/47, respecto del folleto informativo, que es de entrega obligada con anterioridad e incluso con independencia a la conclusión del contrato, a pesar de formar parte integrante del mismo si llega a celebrarse (art. 3.2).

⁶⁸ Así, artículo 5 Dir. 94/47, que «sin perjuicio de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos» (art. 5.1), sanciona la infracción del deber de información contractual (si el contrato no contiene determinadas menciones previstas en el Anexo y, previamente, en el folleto informativo) con la resolución (art. 5.1 segundo y tercer guión). Más claramente, aunque con cierta desviación de la directiva en cuanto a los contenidos, el artículo 9.4 y 10.2 en relación con el artículo 8.2 (omisión en el contrato de la información contenida en el folleto informativo) de la L 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

⁶⁹ *Vid. supra* III, 1.

cio. En ese caso puede carecer sentido distinguir entre sus formas externa e interna, puesto que ya quedan absorbidas por las del contrato⁷⁰. Eso es así porque la información no se presenta como deber y sólo se da a conocer su efecto o resultado: la inclusión como contenido contractual. Por tanto, deviene forma interna del contrato.

En definitiva: que se esté ante contratos de consumo con escaso margen de configuración negocial no permite presumir que toda la información que es objeto del deber del empresario deba incluirse en el contrato, ni tampoco que, cuando efectivamente sea así, la información deje de ser autónoma respecto de su contenido. Tiene sentido diferenciar entre las dos formas, interna y externa, tanto de la información como del contrato, no sólo porque la absorción de la primera por el segundo puede que sólo sea parcial, sino porque, aún siendo total, ésta es sólo una de las opciones posibles, en ningún caso excluyente de las demás. *A priori* no se puede partir de un planteamiento reduccionista y tampoco *a posteriori* se puede construir una teoría unitaria. Las normas comunitarias establecen una gran variedad de combinaciones entre la información y el contrato. Por tanto, conviene mantener la distinción.

La segunda pregunta era si, además de ser posible, tal distinción es útil. La respuesta debe ser afirmativa. La utilidad se revela a la hora de establecer un sistema adecuado de sanciones. Con esto entro ya en el último de los temas que me he propuesto analizar.

IV. ¿UN SISTEMA ADECUADO DE SANCIONES?

Es difícil encontrar en el *acquis* suficientes evidencias que permitan a los Estados miembros introducir mecanismos coherentes de sanciones⁷¹. La razón es que, como regla general, el Derecho comunitario abandona la regulación de las consecuencias de las

⁷⁰ Artículo 4.2 final Dir. 87/102, de crédito al consumo: «[C]uando no sea posible indicar dicho porcentaje anual de cargas financieras, el consumidor recibirá la información pertinente en el contrato escrito».

⁷¹ Aunque el Derecho civil no se pronuncia en términos de deberes y sanciones, sino de derechos y acciones o pretensiones, la expresión «sanción» es frecuentemente utilizada en las Directivas comunitarias sin que, por otro lado, eso signifique que su naturaleza deba ser exclusivamente administrativa o penal. *Vid.* artículo 11.3 Dir. 2002/65; artículo 11.2 de la Propuesta de Directiva sobre tiempo compartido, revisada por la Comisión (referencia *supra* n. 61) y artículo 31.1 Propuesta de Directiva de crédito al consumo, revisada por la Comisión (referencia *supra* nota 4).

infracciones formales a los Estado miembros⁷². Hay quien piensa que ello es contrario al efecto útil del Derecho comunitario⁷³.

De lege ferenda, lo aconsejable sería una gradación de sanciones, en función del tipo de infracción formal: información proporcionada por medios distintos a la escritura o en forma escrita distinta a la exigida por los derechos nacionales; cláusulas omitidas en el contrato (habría que ver si su forma es libre o no y/o si cualquier omisión de las formales debería ser tratada por igual); o ausencia de formalidad en las menciones. Es decir, una distinción según exista falta de información escrita (infracción de la forma interna) o ésta se proporcione en forma distinta a la requerida (infracción de la forma externa) y, dentro de cada supuesto, atendiendo a la gravedad de la infracción. Las sanciones al incumplimiento de la obligación de informar pueden sancionarse autónomamente (sanciones administrativas)⁷⁴ o comunicarse al contrato (sanciones civiles). Las sanciones civiles pueden ser diversas: nulidad, resolución, suspensión del pago del precio, prórroga de la fijación del *dies a quo* para ejercer el derecho a desistir, etc. Y entre ellas se debe incluir, supuesto que puedan probarse los daños, la indemnización, tanto si se ha celebrado el contrato como si no (vgr. art. 48 TR LGDCU)⁷⁵.

⁷² Así, artículo 4.3 Dir. 87/577, contratos fuera de establecimientos comerciales: la sanción por inobservancia de la falta de información por escrito (sobre el derecho de desistimiento) queda a cargo del Estado. Tampoco la Dir. 87/102, crédito al consumo prevé sanciones para el caso de inobservancia de la forma escrita ni del contrato, ni de las informaciones que deben proporcionarse como contenido necesario. El artículo 10 Dir. 94/47, se expresa literalmente en los siguientes términos: «[L]os Estados miembros establecerán en sus legislaciones las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva». En la misma línea, el artículo 11.1 Directiva 97/7, sobre contratos a distancia, que, en todo caso, advierte de que las sanciones pueden ser de carácter público, como el ejercicio de acciones colectivas; artículo 11.3 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

⁷³ Sobre el mayor o menor margen de discrecionalidad del legislador nacional, atendiendo a la teoría del efecto útil del Derecho comunitario, SCHWINSTOWSKI, Hans-Peter, «Informationspflichten und effet utile. Auf der suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem», en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, 267-287. Sin embargo, no considera que aquél se vea afectado por el hecho de que las directivas no provean al sistema de sanciones y remedios, MANKOWSKI, «Information», 788. Tampoco consideran oportuna la referencia, POLLIOT, *Droit européen*, 110 y BYDLINSKI, «Formgebote», en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, 149, n. 20.

⁷⁴ Artículo 68, en relación con el artículo 65.1 *ñ* L 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista («BOE» 15, de 17 de enero de 1996), modificada por la L 47/2002, de 19 de diciembre («BOE» 304, de 20 de diciembre de 2002). *Vid.* ahora artículo 49.1 *h* y 49.2 *b* y ss TR 1/2007; artículo 38-45, en relación con artículo 38.3 *c* y *d* y artículo 38.4 *e-f* de la L 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico («BOE» 166, de 12 de julio de 2002).

⁷⁵ MANKOWSKI, «Information», 787-796; EBERS, Martin-ARROYO AMAYUELAS, Esther, «“Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», 9 (2006), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* [409-444], esp. 434 ss. Es lo que, a nivel comunitario, y con carácter general para la infracción de cualquier deber legal de información del empresario,

Puestos a escoger entre las sanciones civiles y las administrativas, son preferibles las primeras. Las sanciones administrativas tienen buen acomodo en el Derecho de la competencia, porque facilitan la expulsión del mercado de los empresarios desleales. Pero la forma, en el Derecho comunitario, no tutela únicamente intereses públicos. En consecuencia, tales sanciones no son satisfactorias para el consumidor, porque no inciden en la cuestión de cuál sea la eficacia del contrato realizado en contravención de la forma escrita, ni le proporcionan medio alguno de resarcimiento del perjuicio sufrido⁷⁶.

Ahora bien, cuales sean las sanciones más adecuadas desde el punto de vista civil es una pregunta que no tiene una única respuesta y que, además, exigiría un esfuerzo, imposible de abordar ahora, de comparación de las soluciones previstas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, para comprobar su adecuación a la finalidad que cumple la forma en cada supuesto⁷⁷. En todo caso, los requisitos son: la proporcionalidad de la sanción que, con relación a la infracción cometida, no debe ser ni demasiado leve ni tampoco demasiado grave; su efectividad, esto es, que el Derecho nacional permita su aplicación; y su carácter disuasorio, es decir, con un efecto preventivo⁷⁸.

ahora propone el Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del *Acquis Communautaire* en materia de protección a los consumidores (apartados 4.9 y 4.10) («DOUE» C 61, de 15 de marzo de 2007). Los *Acquis Principles* ya lo recogen en el artículo 2:207 (2) ACQP en relación con el artículo 2:206 (4) y 8:401 (1) ACQP.

⁷⁶ HEISS, *Formmängel*, 31, critica, por ello, la transposición de la Directiva de crédito al consumo en Austria: § 33 *Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz-BWG)* [BGBl. Nr. 532/1993], que sólo prevé sanciones administrativas.

⁷⁷ Para una muestra del *poupourri* que ofrece el legislador nacional español en esta materia, con referencia a la legislación anterior al Texto Refundido de la LGDCU, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en: BOTANA GARCÍA, Gema-RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, McGraw Hill, 1999, [135-161], 153-157; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «La forma de los contratos: el neoformalismo en el Derecho de consumo» (2005) *Revista de Derecho Privado* [27-50], 44 ss.; ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de Consumo español*, Cizu Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

⁷⁸ Sobre el tema de las sanciones, *vid.*, en general, HAGUENAU, Catherine, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 371-380. Lo recuerda, resumidamente, ROCHFELD, Judith, «La «communautarisation» du droit contractuel interne: de l'influence des notions forgées par le droit communautaire en général, et de celle de sanction en particulier» 2 (2007) *Revue des Contrats* 223-228. Concretamente, sobre el principio de efectividad, a propósito de la transposición de las directivas sobre antidiscriminación, KOCHER, Eva, «Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht» 12 (2004) *ZEuP* [260-275], 274: «[...] die Wirksamkeit der Durchsetzung ist Ergebniss eines komplexen Zusammenspiels von Sanktionen, Beweislastverteilungen, prozessualen Vorschriften und eines Zusammenwirkens von Einzelpersonen, öffentlichen und privaten Institutionen und Gerichten». En relación con la forma del contrato, RIESENHUBER, *System*, § 14, 320-312 y HEISS, *Formmängel*, esp. 24-28.

V. CONCLUSIONES

La forma en el proceso contractual incluye tanto el contrato como la información que el empresario tiene el deber legal de proporcionar. En ambos se debe distinguir entre la «forma interna» y la «forma externa». La primera es la organización del contenido; la segunda, el medio a través del cual éste se exterioriza (oral o escrito y, dentro de éste, público o privado). En los dos sentidos o acepciones se debe tener en cuenta si la forma es libre o exigida por la ley. Las sanciones a la forma escrita del contrato, no previstas en el Derecho comunitario, deben ajustarse a la función y finalidad que ésta cumpla que, *lato sensu*, no es otra que la protección del consumidor sin que, por lo demás, sea permitido penalizar injustamente al empresario. Es posible que aunque la infracción de la forma repercuta en el contrato, no necesariamente se localice en él. Baste recordar a estos efectos que cuando la forma es un instrumento que transporta información, no se identifica con la forma negocial entendida en sentido tradicional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUIS GROUP: *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Part I*, Sellier, München, 2007.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho de Obligaciones*, II, Librería Bosch, Barcelona, 2002¹¹.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de Consumo español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- ANDRINI, Maria Claudia: «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informativa» 17 (2001), *Contratto e impresa*, 135-241.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther-PASA, Barbara-VAQUER ALOY, Antoni: Comentario a los arts. 1:303-1:307 ACQP en: ACQUIS GROUP (Hrgs.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier, München, 2007.
- AUBRY, Hélène: *L'influence du Droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002.
- BECQUÉ-ICKOWICZ, Solange: *Le paralelisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon Assas, Paris, 2004.
- BÖRNER, Fritjof-RATH, Michael: «VI. Allgemeine Regelungen für besondere Betriebsformen», en: SCHIMMEL, Roland-BUHLMANN, Dirk (Hrgs.): *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißel, Luchterhand, 2002.
- BYDLINSKY, Peter: «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Veletzung», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin, GRIGOLAIT, Hans Christoph:

- Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 141-154.
- DEMOULIN, Marie: «La notion de «support durable» dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?» (2000), *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 361-377.
- EBERS, Martin-ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», 9 (2006), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 409-444.
- HAGUENAU, Catherine: *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes recontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- HÄSEMAYER, Ludwig: «Die Bedeutung der Form im Privatrecht», 1 (1980), *Juristische Schulung*, 1-9.
- HEISS, Helmut: «Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes», en: SCHNYDER, Anton K.-HEISS, Helmut-RUDISCH, Bernhard: *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen, Mohr, 1995, 87-103.
- HEISS, Helmut: *Formmängel und ihre Sanktionen*, Mohr, Tübingen, 1999.
- KELP, Ulla: *Time-Sharing-Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «La forma de los contratos: el neoformalismo en el Derecho de consumo» (2005), *Revista de Derecho Privado*, 27-50.
- KOCHER, Eva: «Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht» 12 (2004), *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 260-275.
- KÖTZ, Heinz-FLESSNER, Axel: *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996.
- LAGARDE, Xavier: «Observations critiques sur la renaissance du formalisme» (1999), *JCP-La Semaine Juridique*, I, 170, 1767-1775.
- MANKOWSKI, Peter: «Information and formal requirements in EC Private Law», 6 (2005), *European Review of Private Law*, 779-788.
- MASUCCI, Silvia T.: «La forma del contrato», en: LIPARI, Nicolò: *Trattato di Diritto privato europeo*, III, Cedam (ed.), Padova, 2003, 196-243.
- MEDICUS, Dieter: *Grundwissen zum Bürgerlichem Recht*, Berlin, Carl Heymanns, 2006⁷.
- PERLINGIERI, Pietro: *Manuale di Diritto Civile*, Ed. Scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2005⁴.
- POILLOT, Elise: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, París, 2006.
- PUTTI, Pietro Maria: «L'invalidità nei contratti del consumatore» en: LIPARI, Nicolò (cur.): *Trattato de Diritto Privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003², 452-634.
- REICH, Norbert: «Zur Theorie des europäischen Verbraucherrechts» (1994), *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 381-407.
- RIESENHUBER, Karl: «Party Autonomy and Information in the Sales Directive», en: GRUNDMANN, Stefan-KERBER, Wolfgang-WEATHERILL, Stephen: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlin, 2001, 348-370.
- RIESENHUBER, Karl: *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, De Gruyter, Berlin, 2003.
- RIESENHUBER, Karl: «Nachweispflichten. Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht», en: WES-

- TERMANN, H.P.-MOCK, K (Hrsg.): *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag*, Gruyter, Berlin/New York, 2000, 721-743.
- ROCHFELD, Judith: «La “communautarisation” du droit contractuel interne: de l’influence des notions forgées par le droit communautaire en général, et de celle de sanction en particulier», 2 (2007), *Revue des Contrats*, 223-228.
- RÖSSLER, Hannes: *Europäisches Konsumentenvertragsrecht. Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, Beck, München, 2004.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma en los contratos en el Código civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- SANTOS MORÓN, María José: «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», 42 (1997), *Estudios sobre consumo*, 23-38.
- SANTOS MORÓN, María José: «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en: BOTANA GARCÍA, Gema-RUIZ MUÑOZ, Miguel: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999, 135-161.
- SCHIMMEL, Roland-BUHLMANN, Dirk (Hrsg.): *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißel, Luchterhand, 2002.
- SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- SCHULZE, Reiner-ZIMMERMANN, Reinhard-ARROYO AMAYUELAS, Esther: *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SCHWINSTOWSKI, Hans-Peter: «Informationspflichten und effet utile. Auf der suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 267-287.
- TWIGG-FLESSNER, Christian: «Information Disclosure About the Quality of goods-Duty or Encouragement?», en: HOWELLS, Geraint-JANSSEN, André-SCHULZE, Reiner: *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldeshot, 2004, 135-153.
- VON MEHREN, Arthur: «Formal Requirements», *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-10, Mohr, Tübingen, 1999, 1-140.
- WHITTAKER, Simon: «Form» en: *Chitty on Contracts*, I, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- WILHEMSSON, Thomas: «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 245-265.

Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

La generalización de las parejas de hecho, como modelo de convivencia sin vínculo matrimonial, plantea la necesidad de dotar a esta figura de una regulación jurídica. Ciertamente, la amplitud actual en la configuración del matrimonio conlleva que una gran parte de la doctrina afirme que la decisión de constituir una pareja de hecho responde, en la mayoría de las ocasiones, a la voluntad de sustraerse a toda norma que regule su convivencia. No obstante, en este artículo se defiende que en las uniones de hecho existe una voluntad de estabilidad y de asunción de compromisos mutuos, si bien al margen del matrimonio; por ello es preciso que el legislador estatal aborde su institucionalización jurídica, atribuyendo a los convivientes un conjunto de derechos y deberes recíprocos. El presente trabajo analiza cuál podría ser el contenido de esa ley, utilizando para ello criterios de distinto carácter. En primer lugar, el marco constitucional, en la medida que el artículo 39 CE garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. En segundo lugar, realizando un estudio comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si la regulación de ambos modelos de convivencia debe ser equivalente o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en el texto constitucional.

Desde estos planteamientos, se propone un estatuto jurídico de las parejas de hecho distinguiendo dos aspectos diferentes: en primer lugar, se analiza la validez y eficacia de los posibles pactos suscritos entre los convivientes. Por otro lado, se plantea la cuestión de si al margen de la voluntad de los convivientes, e incluso contra su voluntad el legislador debe establecer un estatuto imperativo que afecte a las uniones de hecho, de forma semejante a lo que sucede en el matrimonio.

PALABRA CLAVE*Parejas de hecho.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento para el reconocimiento de las parejas de hecho.*—III. *La protección de la familia: su marco constitucional.*—IV. *Posible estatuto jurídico de las parejas de hecho.* 4.1 Concepto y requisitos de las parejas de hecho. 4.2 Estatuto jurídico de las parejas de hecho. 4.2.a) Planteamiento. 4.2.b) Admisibilidad de los pactos entre los convivientes. 4.2.b)1 Pactos entre los convivientes de contenido personal. 4.2.b)2 Pactos entre los convivientes de contenido patrimonial. 4.2.c) Regulación aplicable en defecto de pacto. 4.2.c)1 Planteamiento. 4.2.c)2 Régimen imperativo: estatuto personal de los convivientes. 4.2.c)3 Régimen supletorio. 4.2.d) Reconocimiento de los llamados derechos sociales. 4.2.e) Derechos sucesorios.

I. INTRODUCCIÓN

Afirma Flaquer¹ que en los últimos treinta años las familias del mundo occidental han experimentado notables cambios², los cuales no son más que un reflejo de las profundas transformaciones de los cimientos sobre los que se asienta nuestra sociedad. En España, y de modo semejante a otros países de nuestro entorno, se ha producido lo que este autor denomina la *segunda transición familiar* caracterizada por la desinstitucionalización del matrimonio; es decir, la desmonopolización de éste como forma de legitimación de la convivencia. En ese contexto surgen nuevos modelos familiares³ entre los que cabe destacar las llamadas parejas de hecho⁴,

¹ «El ocaso del patriarcado» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 9.

² Entre dichos cambios cita este autor el aumento de la esperanza de vida, el retraso de la edad del primer matrimonio, el descenso de la nupcialidad y la fecundidad, el incremento de la tendencia a la cohabitación así como el número de hijos extramatrimoniales, la intensificación de la tasa de separaciones y divorcios y el aumento del número de segundas o ulteriores nupcias; todo ello ha traído consigo el crecimiento de nuevos tipos de hogar como los unipersonales (formados por personas solas) o los compuestos por familias monoparentales o reconstituidas.

³ Entre esos nuevos modelos cita ALONSO PEREZ, «La familia entre el pasado y la modernidad», *Actualidad Civil*, 1998-1, pp. 25 ss., la familia nuclear, la familia recompuesta y la familia monoparental».

⁴ La bibliografía española sobre parejas de hecho es muy extensa. Entre la más significativa cabe citar: ÁLVAREZ LATA: «La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencial» en *Derecho Privado y Constitución* 12, 1998, pp. 7 ss. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, 2002, y «La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los Tribu-

caracterizadas por ser una convivencia estable sin vínculo matrimonial⁵.

Respecto de este nuevo tipo de familia, es sabido que nuestro ordenamiento jurídico carece de una ley a nivel general que establezca un estatuto jurídico de las parejas de hecho, aunque son muchas las Comunidades Autónomas que cuentan con una regulación más o menos extensa de esta realidad social, y existe una jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitu-

nales», *Revista de Derecho Privado* sept.-oct. 2004, pp. 527-572. BAYOD LÓPEZ: «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 626, 1995, pp. 129 ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Las parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, 1992, pp. 13 a 27. GARCÍA RUBIO: *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Madrid, 1995. GAVIDIA SÁNCHEZ: *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995 y «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones matrimoniales (La unión libre en la jurisprudencia I y II)», *Aranzadi Civil*, 2002. GONZÁLEZ PORRAS: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 4.ª edición, Valencia, 2005; LACRUZ BERDEJO: Convivencia «more uxorio»: Estipulaciones y presunciones, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Madrid 1990, pp. 1061 ss., y *Elementos de Derecho Civil IV*, 2.ª edición, revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Madrid, 2005, LLEBARIA SAMPER: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997. MARTINELL-ARECES (coord): *Uniones de hecho*, Lérida, 1998. MARTINEZ DE AGUIRRE: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, 1996, «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, 1999, IV, pp. 1098 y «Acuerdos entre convivientes more uxorio», *Revista de Derecho Privado*, nov. 2001, pp. 841 a 874. MESA MARRERO: *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 3.ª edición, Navarra, 2006. O'CALLAGHAN MUÑOZ (dir.): *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. PÉREZ UREÑA: *Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles*, Madrid, 2000; PANTALEÓN PRIETO: «La autorregulación de la unión libre», *Poder Judicial*, núm. 4, p. 122 ss. y Voz Compañero/compañera, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 1160. REINA-MARTINELL: *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996. RUBIO TORRANO: «¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?», *Aranzadi Civil*, núm. 19, 2006, p. 11 ss. ROCA TRÍAS: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999; «Familia, familias y derecho de familia», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, tomo XLIII, núm. 4, pp. 1055 y «El régimen económico de la pareja de hecho» en *Las Uniones de hecho*, edición coordinada por Sánchez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1995. TALAVERA FERNÁNDEZ: *La unión de hecho y el Derecho a no casarse*, Granada, 2001; TORRES LANA: «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas» en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 2416 ss. TORRES MUÑOZ: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», *Revista General del Derecho*, 648, sept. 1998, pp. 10625 ss. VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de Parejas de Hecho», en *Las Uniones de hecho*, edición coordinada por Sánchez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz y Departamento de la Mujer del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1995. VALLADARES RASCÓN: «El Derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, 2005, pp. 2063 ss. VERDA Y BEAMONTE: «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica!», *Actualidad civil*, 2001-1, pp. 59 ss. VILLAGRASA ALCALDE (coord.): *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*, Barcelona, 1996.

⁵ En el mismo sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga: «Constitución y parejas de hecho» en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril 2000, pp. 45 ss. señala que durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. Pero tal estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas de convivencia.

cional que ha abordado sus posibles consecuencias. Si bien es verdad que el Derecho va remolque de la realidad social y que no siempre tiene que dar una respuesta jurídica a todos los comportamientos individuales o colectivos, cabe preguntarse si verdaderamente es necesaria la elaboración de una Ley estatal que regule a las parejas de hecho o, por el contrario, este nuevo modelo de convivencia aún no goza de un consenso tal que permita configurarla como una alternativa socialmente aceptable del matrimonio, de modo que éste debe seguir siendo el único tipo de familia dotada de regulación legal. Y en el caso de estimar la conveniencia de su regulación, la cuestión entonces a resolver es cuál podría ser su régimen jurídico, habida cuenta de la disparidad de las soluciones jurídicas que se han dado.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a estos interrogantes exige, como punto de partida, contemplar el fenómeno de la convivencia *more uxorio* desde diversas perspectivas. Para ello, en primer lugar, se habrá de partir de los datos sociológicos sobre esta realidad social, que nos permitirán apreciar si ésta responde a un fenómeno minoritario, o por el contrario, expresa un nuevo modelo de familia lo suficientemente generalizada como para que la sociedad española perciba que se está produciendo una falta de adecuación entre esa realidad y la legislación positiva. Y este punto de partida tiene sentido por cuanto la familia o las familias tienen carácter prejurídico, pues surgen y se desenvuelven en la sociedad, siendo así que al Derecho le corresponde elaborar la respuesta jurídica conforme al sistema imperante, de acuerdo con los valores constitucionalmente consagrados

En segundo lugar, se habrá de valorar las consecuencias del vacío legal que supone la ausencia de una normativa general sobre la materia, y considerar si el mismo no está generando inseguridad jurídica a los que optan por este tipo de convivencia; inseguridad jurídica que se acentúa en nuestro país por la proliferación de una normativa autonómica con una regulación muy dispar. En todo caso, en el análisis que se haga y en la reflexión que se siga con la elaboración de una propuesta, se deberá contar con las aportaciones jurisprudenciales en la resolución de los conflictos planteados por las parejas de hecho, así como con los datos normativos que nos aportan las diferentes regulaciones autonómicas.

Y en última instancia, como hemos apuntado, se deberán tener muy presentes los preceptos constitucionales referidos a la familia, pues de ellos se habrá de extraer los argumentos de fondo que nos guíen en la búsqueda de soluciones a la situación planteada.

En definitiva, se pretende ofrecer una serie de datos de distinto carácter –sociológicos, legales y jurisprudenciales así como constitucionales–, de los que obtener los argumentos que sustenten la propuesta que este trabajo quiere hacer: nos encontramos ante un nuevo modelo de familia y en tal sentido merecedora de una ley general que defina su estatuto jurídico.

Comenzando por el dato sociológico, es un hecho notorio el aumento del porcentaje de parejas que en España conviven sin estar casadas. Así hasta 1980, la convivencia no matrimonial no superaba el 0,37 por 100. En 1991 dicha proporción se había incrementado, aunque la cifra no era aún muy relevante: en torno al 1,27 por 100. Un año después esas uniones representaban el 1,65 por 100. En cambio, el barómetro del mes de diciembre del 2005 publicado por el CIS (estudio núm. 2.630) revelaba que, en dicho año, los que convivían en pareja representaba el 18,2 por 100 de la población. Este incremento del número de uniones de hecho se ha acompañado de una aceptación de este modelo de convivencia, que se concibe como una forma válida de establecimiento de un proyecto de vida en común. Ello queda acreditado si se consulta el barómetro de junio 2004 del CIS, en el cual ante la pregunta de si sería para los españoles un problema grave que un hijo varón conviviera en pareja sin estar casado, sólo un 10,6 por 100 contestaba que sí frente a un 86,8 por 100 que se pronunciaba negativamente. Curiosamente, cuando la pregunta se refería a si era un problema grave que una hija suya conviviera sin estar casada, el porcentaje de personas que respondían afirmativamente se incrementaba hasta un 11,5 por 100. Por otra parte, el hecho de que dos personas convivan juntas sin estar casadas era valorado como un dato muy positivo por el 6,2 por 100 de la población, mientras que un 40,8 por 100 lo calificaba de positivo. Por el contrario, el 15,5 por 100 lo consideraba un hecho negativo y sólo el 2,2 por 100 lo calificaba de muy negativo.

Los porcentajes expuestos nos revelan que la sociedad española ya no identifica la familia con aquella que tiene su origen exclusivamente en el matrimonio, sino que admite la existencia de otros modelos entre los que se encuentran aquellos que excluyen la forma matrimonial para la regulación de sus relaciones afectivas; nos referimos a las parejas de hecho que responden a la unión de dos personas del mismo o diferentes sexo, en convivencia estable, con un proyecto de vida en común, pero sin vínculo formal. Este nuevo tipo de familia presenta, sin embargo, una peculiaridad cual es demandar los efectos jurídicos propios de la institución matrimonial cuando ven lesionados sus intereses. Sucede entonces, que la ausencia de regulación ha conllevado que sean los Tribunales de

justicia los que a la vista de los conflictos de intereses planteados han tenido que ofrecer soluciones con los concretos mecanismos que le proporciona el sistema de fuentes.

Junto a estos datos sociológicos existen otros de carácter legislativo que nos demuestran que el legislador estatal, en el ámbito de relaciones jurídicas no estrictamente familiares, ha publicado numerosas normas que han tenido en cuenta a las parejas de hecho para reconocerles algunos efectos similares a los del matrimonio⁶; en otra palabras, que no estamos ante una situación desconocida para él, pues ha reconocido este tipo de convivencia cuando ello le ha interesado para la consecución los objetivos propuestos en diferentes leyes incluyendo, en tales casos, en el supuesto de hecho a la convivencia *more uxorio* junto al matrimonio. A ella se refiere con distintas expresiones, como *convivencia marital*, o *situación de hecho asimilable al matrimonio*, pero todas tienden a reflejar la realidad social de las parejas de hecho. Y esto es importante, porque el tratamiento que se les da en las diferentes disposiciones legislativas la equiparan al matrimonio, si bien es cierto que los efectos que se derivan de esa convivencia no se refieren a las rela-

⁶ Sin pretender realizar una enumeración exhaustiva podemos señalar que en materia penal, el artículo 23 del Código Penal considera circunstancia agravante o atenuante tanto la condición de cónyuge como de persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad; igualmente, el artículo 454 declara exento de las penas impuestas a los encubridores a los cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad. En materia procesal, también se equipara al cónyuge con persona unida por análoga relación de afectividad a efectos de poder instar el procedimiento de *habeas corpus*. En materia civil, el artículo 101 CC declara como causa de extinción de la pensión compensatoria, contraer el acreedor un nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona. A su vez, el artículo 320 CC establece que el juez podrá conceder la emancipación a petición de los hijos cuando quien ejerciera la patria potestad contrajera nupcias o conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor. Por su parte, la disposición adicional 3.^a de la Ley de 1987 que regula la adopción dispone que las referencias de esta ley en orden a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida por de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. De igual modo, la Ley de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida permite que el consentimiento a la fecundación con contribución del donante sea prestado por el marido y por varón no casado. En materia de arrendamientos urbanos, el artículo 16 de la LAU de 24 de noviembre de 1994 concede el derecho de subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento a favor de la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, dos años antes de su fallecimiento si no hubiera existido descendencia. O la reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual dispone en su artículo 1 que «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por el contrario, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, sobre Familias Numerosas equipara a las familias numerosas, a los efectos de la Ley, a las familias monoparentales, ya sean de origen, ya sean derivadas de la ruptura de una separación matrimonio o por fallecimiento de uno de los progenitores, así como a las familias reconstituídas, pero no a las uniones de hecho (arts. 1 y 2 de la ley).

ciones entre los convivientes y de éstos frente a terceros, consecuencias típicas de la unión conyugal, sino a otros en los que la familia es el supuesto de hecho de unos efectos que no se pueden calificar estrictamente de familiares.

En este contexto, no podemos dejar de considerar un dato que puede ser revelador de la posición del legislador respecto a la familia, y que nos da cuenta de cómo su visión de la misma se ha ampliado conforme las exigencias sociales lo han ido reclamando. Hacemos referencia a aquellas disposiciones que extienden los derechos y deberes propios de la unión conyugal más allá de la familia tradicional nuclear; entre las mismas cabe citar la Ley 21/1987 sobre Adopción, que contempla la posibilidad de que sea la llamada familia extensa la que se ocupe del menor a través del acogimiento familiar, o la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en cuya Exposición de Motivos se reconoce expresamente que son las familias, en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes. Precisamente, y en la medida que sobre la familia recae esa función de cuidado de menores de edad o personas dependientes, es por lo que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, arbitra una serie de medidas para facilitar el desempeño de dichas tareas, tales como la regulación de los permisos por adopción o acogimiento familiar; la reducción de la jornada o la excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de la edad, enfermedad o accidente no puedan valerse por sí mismos, etc. Situación que plantea el interrogante de si responde al propósito reconocer la realidad social o, más bien, pretende hacer recaer sobre los hombros de los particulares el coste social.

Siguiendo con datos de carácter legislativo pero centrando ahora nuestra atención en la legislación autonómica, es un hecho conocido que la consagración legal de las parejas de hecho en el Derecho español ha venido de la mano de los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas⁷. Ahora bien, el contenido de

⁷ Pionera fue, en este sentido, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas de Cataluña que ha sido además el único texto legal que ha diferenciado, a efectos de regulación, las uniones estables heterosexuales de las homosexuales; la Ley 3/2005, de 8 de abril, modifica dicha legislación en lo relativo a permitir la adopción por parejas homosexuales. Además de Cataluña, las CC. AA. de Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativas a parejas estables no casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo), Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de parejas estables), Valencia (Ley 1/2001 de 6 de abril por la que se regulan las uniones de hecho), Islas Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de Hecho), Asturias (Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de

estas leyes autonómicas es muy diverso⁸, de modo que las leyes de Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares o el País Vasco en desarrollo de las competencias legislativas reconocidas en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, recogen un nuevo tratamiento jurídico, un verdadero *status* para las parejas no casadas. El resto de las leyes elaboradas por las Comunidades Autónomas que no tienen reconocida competencia para legislar sobre materia civil, según el artículo 149.1.8 CE, tienen trascendencia en cuanto a sus previsiones administrativas, pero por lo que se refiere a los efectos civiles o bien hay que considerar sus disposiciones claramente inconstitucionales, o bien interpretarlas como meras repeticiones de principios generales o doctrinas jurisprudenciales existentes sobre la materia. Sucede, además, que dichas legislaciones autonómicas no acogen un concepto uniforme o estándar de pareja de hecho a la que aplicar sus disposiciones, lo cual determina que algunas parejas estén protegidas en unas leyes, pero no en otras. Tampoco existen coincidencias en la posible aplicación retroactiva o no de las nuevas normas o en la elección del punto de conexión elegido por cada legislador, pues en unos casos se habla de la vecindad civil de uno de los integrantes de la pareja, incluso de la vecindad administrativa, mientras que en otros se exige además el cum-

Hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura), País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho) y Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria). Sobre la constitucionalidad de dichas leyes, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho» en Cuadernos de Derecho Judicial, Constitución y Relaciones Privadas, tomo XI, 2003, pp. 97 ss. Por su parte, GARCÍA RUBIO: «Parejas de hecho y lealtad constitucional» en Estudios de Derecho civil en homenaje a al profesor Francisco Javier Serrano García, coord. Teodora Torres García, Secretariado de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Valladolid, 2005, pp. 35 ss., aborda el tema desde otra perspectiva: la inconstitucionalidad que a su juicio supone este silencio del legislador estatal, no tanto por su negativa a establecer un estatuto material de las parejas de hecho cuanto por la omisión de normas que son de su competencia exclusiva, como las procesales y las destinadas a resolver los conflictos de leyes internos, omisión impide el despliegue de la eficacia plena de las normas promulgadas por el legislador autonómico competente. Se trata de un comportamiento que la autora no duda en calificar de deslealtad constitucional.

La Comunidad Autónoma de Galicia ha optado por una fórmula diversa y en lugar de publicar una ley sobre parejas de hecho ha equiparado, a todos los efectos, matrimonio y convivencia *more uxorio*. Así, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, establece en su Disposición Adicional Tercera que «A todos los efectos de aplicación de la presente Ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extiende, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta Ley reconoce a los cónyuges».

Respecto al conocimiento que la sociedad española tiene de dichas leyes autonómicas cabe destacar que en el ya citado estudio del CIS, el 50,3 por 100 de la población española conocía en junio del 2004 que algunas CC. AA. tenían ya aprobadas Leyes de Parejas de Hecho frente al 38,2 por 100 que desconocía tal circunstancia. Ahora bien, cuando la pregunta era si sabían si en su Comunidad Autónoma había una ley de este tipo sólo el 22,2 por 100 afirma conocer la existencia de dicha norma frente a un 54,1 por 100 que lo desconocía.

⁸ AMUNÁTEGUI, «La aplicación de las leyes...», *op. cit.*, p. 528.

plimiento de la formalidad de la inscripción constitutiva en el registro de parejas correspondiente y, finalmente, en otras se silencia esta cuestión. Todo ello, no sólo hace difícil la aplicación de la normativa autonómica, sino que además ha generado un importante debate en la doctrina sobre la constitucionalidad de las mismas y la inseguridad que genera esta pluralidad de disposiciones⁹. Esta diversidad legislativa que existe a nivel autonómico representa, sin duda, otro dato que avala la conveniencia de que exista una Ley a nivel estatal que regule las parejas de hecho. El argumento no es sólo que existan ya numerosas leyes autonómicas sobre parejas de hecho con un contenido diverso, sino que además es previsible que las CC. AA. que aún no han publicado sus propias leyes sobre esta materia terminen haciéndolo a corto plazo. Situación ésta que nos parece que va en contra de los principios de igualdad y seguridad jurídica proclamados en la Constitución española.

Desde otra perspectiva, como ya se ha apuntado, la generalización de la pareja de hecho como forma de convivencia unida a su falta de regulación a nivel estatal ha propiciado una jurisprudencia que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedios jurídicos a las cuestiones concretas que se han ido suscitando, lo que ha dado lugar a soluciones diversas no necesariamente reñidas entre sí¹⁰. Ciertamente, las cuestiones que con más frecuencia se han planteado en el Tribunal Supremo se refieren a las consecuencias de la disolución o ruptura de la convivencia y a la reclamación del perjudicado frente a la situación que se le plantea. En tales casos, como reconoce la jurisprudencia, se pretende evitar un perjuicio a la parte más débil de la relación acudiendo a soluciones jurídicas que si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de sus principios generales. En concreto, se ha estimado en alguna ocasión la existencia de una responsabilidad extracontractual, un enriquecimiento injusto, o se ha aplicado por analogía la pensión compensatoria del artículo 97 CC, incluso, se ha identificado un principio general cual es la protección del conviviente perjudicado¹¹.

⁹ Ídem. Esta autora señala que el análisis de las distintas compensaciones y pensiones previstas por las diversas leyes resultan ser, en la práctica, más estrictas y restringidas al quedar sometidas a unos rígidos parámetros de aplicación, que las indemnizaciones que puedan derivarse de acudir a la doctrina general que hoy por hoy permite invocar el Tribunal Supremo. En consecuencia, concluye esta autora, puede ser más beneficioso para uno de los miembros de la pareja que se le aplique, no el Derecho que le corresponda según su vecindad civil, sino el reconocido por los tribunales para los que ostentan vecindad de Derecho común y carezcan de regulación específica aplicable.

¹⁰ STS de 17 de junio 2003.

¹¹ STS de 10 de marzo de 1998, comentada por DEL OLMO GARRIDO: «La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 1998, en *Revista de Derecho Privado*, feb. 2000, pp. 155 a 174.

En el ámbito del Derecho Comparado, también surgen datos que nos proporcionan argumentos para defender la necesidad de publicar una ley estatal. Al respecto, basta mirar a los países de nuestro entorno cultural para comprobar que lo que está sucediendo en la sociedad española no es más que la copia, aunque con algunos años de retraso, de un fenómeno perfectamente implantado otras sociedades donde la institución matrimonial, en cuanto modelo de convivencia, no posee ya una posición de monopolio. En los últimos años y a fin de dar una respuesta jurídica a dicha realidad social, varios países han promulgado leyes relativas a las uniones de hecho o se disponen a hacerlo, atribuyendo a la convivencia *more uxorio* unos efectos similares al matrimonio¹². Por su parte, la Unión Europea ha pedido al Estado de la Comunidad que regulen las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales. En este contexto podemos citar la Recomendación de 7 de mayo de 1988 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Esta-

¹² Así y sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar en, primer lugar, a Dinamarca país pionero en aprobar en el año 1989 una Ley sobre el Registro de Parejas de Hecho; la Ley noruega es de 1993, mientras que Suecia, aprobó su ley sobre esta materia en 1994, entrando en vigor en enero de 1995 y en Islandia la Ley es de 1996. Holanda fue el primer país en admitir el matrimonio entre homosexuales. Efectivamente, la Ley de 1998 en la cual se regulada las uniones de hecho fue modificada en el año 2001 para aprobar el matrimonio homosexual; en los EE. UU. es de destacar la Ley sobre Uniones Civiles del Estado de Vermont. Pero no sólo en los países nórdicos se ha producido un reconocimiento jurídico de las uniones de hecho; así, la Constitución de Brasil de 1988 reconoce a las uniones de hecho en su artículo 226, párrafo tercero, el cual dispone que «Para los efectos de la protección del Estado es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar». En Paraguay, el Código Civil que entró en vigor el 1 de enero de 1987 contemplaba en el capítulo X la unión de hecho y la Ley de reforma parcial del Código Civil de 1 de diciembre del 1991 la define en su artículo 83. En Bolivia, el Código de Familia, reformado por la Ley núm. 996 de abril de 1988, reconoce al concubinato efectos similares al matrimonio. En Argentina la Ley 1004 sobre Uniones Civiles promulgada en el año 2003 crea el Registro Público de Uniones Civiles Sin embargo, las soluciones propuestas por estas normativas se caracterizan por su diversidad de contenidos. Así, como señalan RODRÍGUEZ, BAEZ PEÑA, SCOTTI Y MEDIDA (Calvo Caravaca y Castellanos Ruiz Directores): «Las uniones de pareja a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino», en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*; Madrid, 2004, p. 655 ss., por un lado se pueden diferenciar aquellas legislaciones sobre la materia que sólo se ocupan de las uniones homosexuales. Entre ellas cabe mencionar la normativa adoptada por Dinamarca, Noruega, Islandia. La doctrina ha denominado a estas legislaciones que reservan sus disposiciones a las personas del mismo sexo «modelo nórdico». En cambio, otras legislaciones han optado por regular en un mismo cuerpo normativo a las uniones homosexuales y heterosexuales, como la Ley holandesa o la Ley sobre Uniones Civiles del Estado de Vermont, aprobada en el año 2000. Sobre esta cuestión, véase igualmente, GARCÍA CANTERO: «¿Qué familia para el siglo XXI?», *Revista de Derecho Comparado*, núm. 9, Derecho de Familia I, Buenos Aires, pp. 16 ss, y TALAVERA FERNÁNDEZ: «Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España», en *Cuadernos «Bartolomé de las Casa» núm. 10, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casa»*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999. Últimamente, QUIÑONES ESCÁMEZ: *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 2007, realiza en el capítulo un amplio estudio del reconocimiento de la pareja de hecho Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, El salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, EE. UU., Canadá Sudáfrica, Israel y Australia.

dos miembros, la cual se refirió a la validez de los contratos entre personas que viven juntas como parejas no casadas y sus disposiciones testamentarias; la Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales en la Comunidad Europea, así como la Resolución de 16 de marzo de 2000 el Parlamento de la Unión Europea que aprobó la parte del informe sobre derechos humanos en la Unión Europea que recomienda el reconocimiento de las uniones de hecho, incluso las que se formen entre personas del mismo sexo. Por último y en materia del derecho a adoptar por parejas homosexuales, hay que tener en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre del 2004.

La exposición realizada demuestra que aunque nos encontramos ante un tema que ya es posible calificar de «clásico», aún son muchos los interrogantes que plantea la situación de las parejas de hecho. Ello creemos que justifica el presente trabajo cuyo objetivo no es realizar un estudio exhaustivo sobre esta materia, sino determinar cuál debe ser el modelo de esa futura regulación utilizando, al respecto, argumentos de distinta naturaleza.

En primer lugar, el marco constitucional en la medida que el artículo 39 de la Constitución española garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia; en consecuencia, la protección de este nuevo modelo de familia deriva de exigencias constitucionales. Ahora bien, como hemos apuntado, las reivindicaciones de las parejas de hecho en lo relativo al reconocimiento de derechos ha tomado como paradigma la institución matrimonial. Por ello, en segundo lugar, es preciso realizar un análisis comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si su naturaleza, y por tanto su estatuto jurídico, deben ser equivalentes. En otras palabras, si el hecho de que convivan en nuestra sociedad distintos modelos de familia exige una igualdad de trato de todas ellas o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y la no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en nuestro texto constitucional.

II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO FUNDAMENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PAREJAS DE HECHO

La extensión de esta práctica en la sociedad actual parece exigir del legislador español una regulación que dé respuestas a las aspi-

raciones de los convivientes las cuales, como hemos visto, son muy similares a las que se plantean en el matrimonio con las diferencias lógicas que se derivan de su carácter aformal. Sin embargo, la pretensión de que este modelo de convivencia se equipare a la unión matrimonial, en lo referente a los efectos que genera, no deja de producir una cierta perplejidad en la doctrina por cuanto quienes reclaman dicha equiparación son, precisamente, quienes han excluido el matrimonio en su convivencia¹³. Es más, sería posible incluso plantearse si una ley sobre parejas de hecho que fijara los requisitos de su constitución y le dotara de una efectos típicos no implicaría, en cierta modo, desnaturalizar esta figura.

En efecto, la pareja de hecho responde a una situación fáctica que se caracteriza porque sus protagonistas se sustraen voluntariamente al cauce legalmente establecido para institucionalizar su relación. El motivo de esta elección parece radicar en que dicho modelo de convivencia permite decidir, sin ningún tipo de exigencias formales, si se quiere constituir una pareja o romper la convivencia y, en general, al deseo de prescindir de la regulación del matrimonio. Como señala Lacruz¹⁴, los convivientes no quieren estar casados *por conservar su libertad*: la de extinguir la unión en el momento que lo deseen y sin responsabilidad. Es verdad que ambas uniones son disolubles, pero la pareja de hecho lo es por la mera voluntad de uno de sus componentes, que da por disuelta la unión con su ausencia y sin que sea preciso una resolución judicial que decreta la extinción de la misma. Todo ello se produce, además, en un ordenamiento jurídico que se caracteriza no sólo por dotar al matrimonio de una regulación basado en los principios de laicidad e igualdad entre los cónyuges, sino también por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁵.

¹³ Dichas reclamaciones producen igualmente una cierta perplejidad entre los jueces encargados de resolver las pretensiones indemnizatorias que surgen tras la ruptura unilateral de la pareja. En concreto, la STS 12/9/2005 afirma que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia y al término de la misma. Añadiendo en el FD 3.º que debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que desea su continuidad. *Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.*

¹⁴ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*...», *op. cit.*, p. 1066, y *Elementos IV, op. cit.*, p. 297.

¹⁵ Así, la ya citada STS de 12 de septiembre de 2005 deniega la indemnización por ruptura unilateral de una unión de hecho que había durado diecinueve años. En sus Fundamentos Jurídicos se afirma que *hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias*. En opinión

Esta amplitud en la configuración del matrimonio conlleva que la mayor parte de la doctrina¹⁶ afirme que la decisión de constituir una pareja de hecho responde a la voluntad de sustraerse a la disciplina matrimonial y no a la concurrencia de un impedimento legal para contraerlo¹⁷; en otras palabras, lo que se pretende con dicha unión es la ausencia de toda norma que discipline dicha convivencia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ésta es la conclusión que se obtiene si se observa *a grosso modo* el fenómeno de la convivencia *more uxorio*, pero un análisis más pausado de esa realidad nos revela que esta doctrina eleva a categoría general lo que no es más que un supuesto concreto. En efecto, como apunta Talavera¹⁸ cuya opinión compartimos en este punto, si se les preguntara a los que constituyen pareja de hecho si quieren que el Derecho regule esta forma de convivencia, otorgando a sus miembros una serie de beneficios tales como la pensión de viudedad o la pensión compensatoria, su respuesta en la mayoría de las ocasiones sería afirmativa. Lo demuestra el hecho de que cuando la pareja se deshace como consecuencia de la decisión unilateral o del fallecimiento de uno de sus miembros, «el otro», que hasta ahora siempre ha sido la mujer, acude a los Tribunales de Justicia demandando tales beneficios; en otras palabras, solicita que el Estado le conceda aquello a lo que cree tener derecho.

Este razonamiento nos permite llegar a una primera conclusión: no todos aquellos que constituyen una pareja de hecho lo hacen por los mismos motivos. Así, como apuntaba Lacruz existe un porcentaje de uniones de hecho que eligen este modelo de convivencia por la facilidad en su constitución y su disolución, pero ignorando que las consecuencias de la ruptura no van a ser equivalentes a las del matrimonio. Otros, por el contrario, conviven en pareja con una clara voluntad de estabilidad y la asunción de ciertos compromisos mutuos, si bien no desean enmarcar esa comunidad de vida dentro de la específica regulación civil de una unión conyugal. Ahora bien,

de RUBIO TORRANO, *op. cit.*, p. 12 dichas afirmaciones serían difícilmente imaginables sólo hace unos meses en un contexto normativo anterior a las recientes reformas del Código Civil.

¹⁶ Atribuyen la decisión de constituir una pareja de hecho al deseo de no vincularse jurídicamente entre otros, ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, p. 26 ss., BERCOVITZ: «La competencia para legislar...», *op. cit.*, pp. 104 y 105; GÓNZALEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 262 ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*...», *op. cit.*, pp. 845 y 846; ROCA: Familia, familias y derecho de familia, *op. cit.*, p. 1077, y VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La institucionalización jurídica...», *op. cit.*, 57.

¹⁷ MESA MARRERO: *op. cit.*, pp. 24 ss., distingue dos grandes tipo de causas que originan la unión de hecho: la primera, bajo la denominación de *Uniones creadas por causas ajenas a la voluntad de la pareja*, incluye la concurrencia de impedimentos legales, motivos culturales, sociales o religiosos y motivos económicos; la segunda englobaría todas las uniones creadas por el rechazo de la pareja hacia el matrimonio.

¹⁸ *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, *op. cit.*, p. 4 y 45 y 46,

como afirma Talavera¹⁹ estas parejas desean mantenerse al margen del matrimonio, pero no al margen del Derecho; esto es, quieren normalizar jurídicamente su relación, lo cual exige por parte del Estado el reconocimiento jurídico de su propia especificidad, que no consiste en no ser una institución jurídica, sino en no ser un matrimonio.

Teniendo presente que existen distintas razones por las cuales dos personas constituyen una unión de hecho, parece razonable que el legislador español proporcione soluciones distintas a situaciones que, aunque aparentemente iguales, obedecen a motivaciones diferentes; ahora bien, en nuestra opinión, ello no quiere decir que la solución tenga que ser, ante esta disparidad de supuestos, su no regulación.

El argumento para mantener tal afirmación reside en que esta opción de pareja se asienta en un derecho fundamental, como es el del libre desarrollo de la personalidad que legitima la opción de convivir sin estar casados²⁰. Por ello se afirma que la unión de hecho tiene que partir para su regulación *de un principio esencial de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –art.1.1 de la Constitución–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –art. 9.2 de la Constitución–, y justifica que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los otros derechos de los demás –art. 10.1 de la Constitución*²¹.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Desde esta perspectiva defiende SERRANO: «La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano. Lectura sintomal de la separación sistemática entre matrimonio y familia en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, El Derecho y la familia*, núm. 4, 2001, pp. 57-59, que el principio del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10 debe interpretarse en el sentido de permitir y amparar cualquier opción individual de desarrollo personal al margen de la familia matrimonial. Y no vale, añade este autor, contraponer a esta afirmación los artículos 32 y 39 del texto constitucional. El artículo 32 ha de ser leído como reconocimiento del derecho a formular una opción individual sobre la base de la cual se busca en el matrimonio el pleno desarrollo de la personalidad, sin que puedan concurrir interferencias sociales o estatales. Ahora bien, su mera formulación como derecho al matrimonio implica que necesariamente existe un derecho al no matrimonio; *un derecho a la diferencia*. Ello no debe ser interpretado como un intento de acabar con el matrimonio, sino estrictamente una adecuación de su papel en el conjunto del ordenamiento jurídico, compartiendo el espacio de lo normativo con un nuevo modelo de familia emergente, cuya raíz no será el consentimiento formalmente prestado por los cónyuges, sino la unidad de convivencia y asistencia de padres e hijos. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *op. cit.*, p. 1102, señala que cuando dos convivientes optan libremente por no casarse lo que están ejerciendo es el contenido negativo del derecho a contraer matrimonio, que es el derecho a no contraerlo.

²¹ STS 12 de septiembre de 2005, FD 2.º

En consecuencia, en este contexto la libertad significa permitir que los individuos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les posibilite el libre desarrollo de su personalidad, solución que también garantiza el respeto a su dignidad personal.

Ahora bien, más allá del libre ejercicio de este derecho fundamental, que en ningún caso debe coartarse, del mismo surge una realidad que se pretende que sea jurídica y de la que se espera un tratamiento diferenciado. Un tratamiento que no se agota en garantizar los derechos fundamentales de los convivientes en las relaciones de pareja, sino que supone algo más, la imposición de deberes y derechos entre ellos; es lo que hemos llamado la *dimensión institucional* de la manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en lo que concierne a la opción de una convivencia *more uxorio*²².

Desde esta perspectiva, el establecimiento de un régimen jurídico de las parejas de hecho implica no sólo admitir la validez de los acuerdos suscritos entre los convivientes que tengan por finalidad regular su convivencia o las consecuencias derivadas de un eventual ruptura; conlleva pronunciarse a favor de que el legislador español asuma el reconocimiento de un estatuto jurídico personal para cada uno de los miembros de la pareja, con sus derechos y obligaciones. El problema que se plantea entonces es determinar si la invocación de ese derecho al libre desarrollo de la personalidad que fundamenta la licitud de otras formas de convivencia, distintas del matrimonio, permite establecer un modelo jurídico de relación aunque los convivientes no lo quieran o no lo asuman en su totalidad, o por el contrario, son otros los valores o principios los que se han de invocar para justificar tal regulación. La respuesta a estas cuestiones exige tener en cuenta otras disposiciones constitucionales; en concreto, aquellas que se refieren específicamente a la familia, a fin de encontrar las claves que apoyen nuestra pretensión de dotar de un estatuto jurídico a esta figura. Sólo así estaríamos en condiciones de abordar el segundo de los problemas planteados cual es determinar el elenco derechos y deberes recíprocos que genera tal modelo de convivencia.

²² Señala TALAVERA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., p. 5, que hablar de institucionalización jurídica de la unión de hecho supone situarla en el plano de los derechos y eso requiere un fundamento básico. Ahora bien, el derecho fundamental que justifica tal institucionalización no es para este autor el artículo 39 CE, sino el artículo 32 que regula el *ius connubii*. Precisamente, en su obra Talavera argumenta que la existencia de un derecho fundamental a vivir en pareja sin casarse, alternativo al *ius conubii*, es el que justifica que los convivientes deban disponer de un marco jurídico institucional necesario para poder ejercitar ese derecho, sin discriminación frente a los que contraen matrimonio.

III. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: SU MARCO CONSTITUCIONAL

El punto de encuentro entre familia y Derecho, que en la formación de los Estados liberales se radicó en los Códigos Civiles²³, hay que buscarlo en la actualidad en los distintos textos constitucionales²⁴. La asunción de la familia por las Constituciones supone una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de identificar el tipo o tipos de familias que se protegen e imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. Se trata, pues, de reconocer una realidad preexistente como es la familia y modelarla jurídicamente de acuerdo con los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional²⁵. Desde esta perspectiva, Roca²⁶ señala que la protección de la familia es una exigencia del Estado social de Derecho, porque la protección implica la necesidad de identificación del sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema de asistencias. Por ello, las normas de Derecho de familia no constitu-

²³ ROCA: «*Globalización y Derecho de familia*», *op. cit.*, p. 27, afirma que los Códigos europeos regularon la constitución de la familia sobre la base del matrimonio; establecieron un sistema de seguridad para evitar la ruptura *ab libitum* y construyeron un sistema basado en la autoridad de uno de sus miembros, el padre, quién decidía tanto en el aspecto familiar (patria potestad), como en el aspecto matrimonial (relaciones entre cónyuges). Sin embargo, la necesidad de aplicar en el reservado ámbito familiar los derechos reconocidos en las Constituciones obligará a una reforma en profundidad de los viejos Códigos, y al mismo tiempo, legitiman la intromisión de los poderes públicos en el hasta ese momento reservado ámbito familiar. Por su parte, señala TALAVERA: «Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales...», *op. cit.*, pp. 11 a 15 y *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, *op. cit.*, p. 19, que cuando se observa el devenir histórico, desde el *connubium* romano hasta su actual regulación constitucional y legal, resalta con claridad que la *causa de que aquello que entendemos por matrimonio se hubiera revestido de con un traje institucional –determinadas exigencias en cuanto a las formas de celebración y, desde muy pronto, su inscripción en registros– y se le hubiera consagrado como el único modo de que una convivencia marital produjera efectos en el ámbito público* estaba motivado por la conciencia (presente en todos los momentos histórico, pero especialmente desde el nacimiento del «nuevo orden» tras la revolución francesa y la implantación de la familia burguesa), de que toda la serie de derechos y deberes que surgen de una relación marital –entre los cónyuges, de los padres en relación con los hijos y del Estado en relación con el núcleo familiar– no pueden considerarse de ámbito exclusivamente privado y dejarse al arbitrio de los particulares, sino que deben ser regulados y protegidos en el ámbito de lo público, del *ius cogens*. Así pues, la protección y garantía de determinados derechos impulsaron desde el primer momento a la dogmática civilista a defender y justificar el modelo matrimonial como la única figura apta para general derechos y obligaciones propios de la convivencia marital y a exigir su pública regulación sustraída de la voluntad de las partes.

²⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ: «La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho», en *Revista de Derecho Comparado*, núm. 9, Derecho de Familia I, p. 96, Buenos Aires.

²⁵ Ídem, p. 96

²⁶ *Familia y cambio social*, *op. cit.*, pp. 66 a 68.

yen una intrusión en los exclusivos intereses particulares, sino que son consecuencia del modelo de protección a la familia que se deduce de las disposiciones constitucionales, caracterizado por configurarse como un *sistema mixto* que distribuye determinadas funciones entre el Estado y los particulares²⁷. De acuerdo con el mismo, al Estado le corresponde establecer un sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales y de la implementación de sus derechos sociales y al grupo familiar le corresponde prestar determinados servicios asistenciales basados en el principio de solidaridad.

Con independencia de alguna experiencia anterior, el tratamiento constitucional de la familia se inició de forma muy significativa con las Constituciones del Estado social y, más concretamente, con la Constitución de Weimar que indudablemente influyó en los sucesivos textos²⁸. A partir de ese momento el encuentro ente familia y Derecho hay que buscarlo en las distintas Cartas Magnas.

Tras la Constitución de Weimar²⁹, hay que detenerse en las Constituciones normativas que surgen tras la Segunda Guerra Mundial, señaladamente la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución italiana. Por su parte, la Constitución española de 1978 proclama en el artículo 32.1 que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; el artículo 39 garantiza la protección social económica y jurídica de la familia.

La interpretación de estos preceptos planteó, inicialmente, la cuestión de cual era el modelo familiar recogido en nuestro texto constitucional. La primera posibilidad consistía en defender que la Constitución acogía un modelo familiar basado exclusivamente en el matrimonio, razón por la cual el artículo 39 no incluía a las pare-

²⁷ Ello no significa, añade esta autora que el Estado actúe cuando los particulares no lo hagan o lo hagan más, lo cual es propio de un sistema liberal, sino que se actúa conjuntamente distribuyendo las áreas de actividad.

²⁸ LUCAS VERDÚ: «*La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*», Madrid, 1987, p. 150.

²⁹ Concretamente, el art. 119 establecía que *El matrimonio como fundamento de la vida de la familia, de la conservación y del crecimiento de la nación se halla bajo la protección especial de la Constitución. Descansa en la igualdad jurídica de ambos sexos.* Añadiendo que era misión del Estado y de los Municipios velar por la conservación de la pureza, sanidad y fomento social de la familia. Las familias de numerosa prole tienen derecho a ser auxiliadas para aliviar sus cargas. Por su parte, el artículo 120 calificaba la educación de la prole, para que ésta alcance su plena capacidad corporal, espiritual, y social como el deber más importante y un derecho natural de los padres. Por último, el artículo 121 protegía la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio los cuales debían disfrutar, en virtud de la legislación, de las mismas condiciones para su desarrollo corporal, espiritual y social de aquellos que hayan nacido dentro del matrimonio. La Constitución española de 1931 siguió ese precedente afirmando que la familia se halla bajo la salvaguarda del especial del Estado. Además establecía la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, bajo la vigilancia del Estado que asumía subsidiariamente esa obligación.

jas estables en su ámbito de protección³⁰. La segunda tesis, por el contrario, sostenía que el artículo 39 no puede desproteger las nuevas realidades familiares como la convivencia de parejas no casadas, de forma que la normativa desarrollada para la protección de la familia debía alcanzar también a las llamadas parejas de hecho.

Hoy, sin embargo, dicho debate puede entenderse superado pues la mayor parte de la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional defienden que el artículo 39 CE protege a la familia en forma genérica; es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho. Precisamente, afirma Serrano³¹, la separación sistemática entre el matrimonio (art. 32, sección segunda del capítulo segundo del título I, bajo la cobertura de las garantías del art. 53.1) y familia (art. 39, capítulo tercero del título I, bajo la cobertura de las garantías del art. 53.3) es un síntoma de la mutación del concepto social y jurídico de familia y, en consecuencia, no es un dato accidental fruto de la imprecisión lingüística, sino un dato relevante que conecta con la tendencia internacional hacia la ampliación de la noción jurídica de familia. Como pone de manifiesto Gimeno Sendra³², al igual

³⁰ Ésta fue la solución adoptada por la STC 184/1990, de 15 de noviembre. El supuesto de hecho parte de una convivencia extramatrimonial entre dos personas durante cerca de cuarenta años y la denegación de la pensión de viudedad, solicitada por la mujer al INSS tras el fallecimiento del varón en 1987, por faltar los requisitos exigidos por la normativa aplicable al caso que exigían: ostentar la condición de viudo, o bien no haber podido contraer matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981 y haberlo contraído con posterioridad una vez desaparecida la causa que lo impedía. En sus Fundamentos de Derecho, la Sala afirma que el no reconocimiento legal del derecho a la pensión de viudedad a favor de las uniones no matrimoniales no vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 10.1 CE, que sólo podría reputarse conculcado si el legislador impidiera la convivencia de hecho, o le impusiera sanciones legales. En cuanto al artículo 39 CE, que proclama el principio de protección a la familia, se afirma que la protección al que se refiere dicho precepto podría alcanzar en principio tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, pero es claro que dicha norma no postula por sí sólo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39 CE, aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio (art. 32 CE). Desde esta perspectiva se plantea la sentencia si la concreta medida recogida en el artículo 160 LGSS (pensión de viudedad al cónyuge superviviente), vulnera o no el artículo 14 por excluir de su alcance a las uniones de hecho. Pues bien, tras declarar en su FJ3 que el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, admite la posibilidad de que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida. En definitiva, el hecho de que en la actualidad no se reconozca al superviviente de la unión estable de hecho una pensión de supervivencia no lesiona en sí mismo el artículo 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 39.

Por su parte, los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López formularon sendos votos particulares a la STC 47/1993, de 8 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 LAU de 1964. En dichos Votos Particulares los citados magistrados discrepan de la sentencia y hacen suyos los argumentos contenidos en la STC 184/1990.

³¹ *Op. cit.*, p. 47.

³² Afirmaciones contenidas en el Voto Particular formulado a la citada sentencia 184/1990, en el que discrepa de las afirmaciones contenidas en su FJ 3 conforme a las

que el Convenio de Derechos Humanos, también nuestra Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino a la familia como institución natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional esa nueva realidad social que representan las denominadas «uniones conyugales de hecho»³³. En la misma línea la STC 222/1992 afirma que nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una y otra institución (arts. 32 y 39) sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado, y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modelos que convivencia que la sociedad expresa.

En conclusión, de la interpretación del artículo 39 de la CE realizada por el Tribunal Constitucional se desprende que no existe una identificación entre familia y matrimonio, de modo que pueden existir otros modelos al margen de la institución matrimonial. Con respecto a los rasgos que deben caracterizar a las familias que debe ser objeto de protección ex artículo 39, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que entre sus miembros han de existir relaciones que responden a los principios de protección y solidaridad³⁴. Esta doctrina implica, pues, que más allá de los requisitos que deben reunir los diferentes tipos de familia amparadas constitucionalmente, las relaciones que se establezcan entre sus miembros han de estar basadas en los principios señalados. En definitiva, que esta nueva realidad que ha surgido en la sociedad española ha de tener unos rasgos característicos a fin de poder gozar de la protección del Estado. Precisamente, la necesidad de que estos valores de solidaridad y ayuda mutua estén presentes en el grupo familiar será uno de los argumentos que nos ha de servir para defender la

cuales las denominadas uniones conyugales carecen de protección constitucional alguna.

³³ En contra de esta opinión mayoritaria se manifiesta TALAVERA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., p. 100 ss., señala que un elemento esencial en la noción de familia es la existencia de una relación de jerarquía y dependencia dentro del grupo. Dicha familia puede tener un origen matrimonial o no matrimonial y así distingue entre familia matrimonial y familia de hecho. Pero para este autor el matrimonio o la unión de hecho sin descendencia no es familia, razón por la cual critica la afirmación contenida en la STC 222/1992 de que la unión de hecho debe ser conceptuada como familia al objeto de merecer la protección de los poderes públicos ex artículo 39. Todo ello le lleva a este autor a concluir (p. 123) que la fundamentación de una institucionalización jurídica de la unión de hecho, concepto que no es sinónimo al de familia de hecho, radica en el artículo 32 y no en el 39.

³⁴ En la tantas veces citada STC 222/1992 la familia se define como un marco de solidaridades y dependencia.

existencia de un estatuto mínimo e imperativo que regula las relaciones entre los convivientes.

Ahora bien, junto al artículo 39 CE tenemos el artículo 32 que se refiere específicamente al matrimonio, lo que nos obliga a plantearnos la relación de uno y otro desde la perspectiva de las parejas de hecho. Como ya se ha apuntado, dichos preceptos constitucionales están ubicados en secciones distintas, lo que supone un nivel diferente de eficacia. Así, el artículo 32 está colocado sistemáticamente en el título I, sección II, denominado *De los derechos y deberes de los ciudadanos*. Por tanto, sí existe un derecho subjetivo a contraer matrimonio y una garantía institucional en el sentido de que se obliga a la existencia de esta figura jurídica. Por el contrario, el artículo 39 está situado en el capítulo III del título I «*De los principios rectores de la política social y económica*» los cuales, según el artículo 53.3, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan. Precisamente, con fundamento en esa distinta ubicación, el Tribunal Constitucional ha señalado que en la Constitución de 1978 el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes, de forma que cabe admitir diferencias legítimas de tratamiento entre unas familias y otras; dichas diferencias tendrían como único límite las exigencias derivadas del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE y que con ello no se coarte, más allá de lo razonable, la libertad de opción de quien decide mantener una convivencia *more uxorio* con otra persona. Desde dichos planteamientos, el TC no detecta ninguna incoherencia en el hecho de negar una pensión de viudedad al miembro superviviente de una unidad de convivencia no matrimonial, salvo en el caso de aquellas parejas que no pudieron contraer matrimonio por haber fallecido uno de los integrantes, casado a su vez, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y reconocer a la vez el derecho del conviviente a subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda habitual del que era titular el miembro de la pareja fallecida. Así, en el primer caso, la diferencia de tratamiento jurídico entre unas familias y otra no se considera irrazonable de acuerdo con los parámetros del artículo 14, mientras que en el segundo caso el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma que niega a las parejas no casadas un derecho que reconoce expresamente a las casadas³⁵.

³⁵ MARTÍN VIDA: «El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, El Derecho y la familia*, núm. 4, 2001, p. 408.

Ciertamente, el artículo 39 de la Constitución, por su colocación sistemática en el capítulo III carece de eficacia directa, de forma que su incumplimiento por los poderes públicos no puede fundamentar una pretensión judicial exigiendo su aplicación, como sí ocurre para el matrimonio. Se ha de estar, pues, a la ley que lo desarrolle y ello depende de la iniciativa del legislador y su sensibilidad respecto a las reivindicaciones de los ciudadanos. En línea de principio se puede afirmar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a exigir el reconocimiento jurídico de esa realidad familiar; a que dicho modelo de convivencia se convierta en una familia jurídica. No obstante, numerosos instrumentos internacionales han reconocido derechos vinculados a la familia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 establece que las personas tienen el derecho de casarse o formar una familia y se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y, en consecuencia, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagran dicho derecho en términos semejantes³⁶. Pero además, en la familia están presentes otros principios constitucionales como el principio de igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el de la libertad ideológica reconocidos tanto en dichos instrumentos internacionales como en la Constitución española³⁷. En consecuencia, el nexo de unión que existe entre la protección de la familia y el respeto a los derechos fundamentales determina que la eficacia inicialmente prevista en el artículo 39 adquiera una dimensión mucho mayor. Existe pues un primer argumento que apoya la pretensión de dotar de regulación jurídica a esa realidad social.

En segundo lugar, la exigencia que debe hacerse al Estado en el sentido de que esta práctica social se convierta en una realidad jurídica tiene como fundamento su identificación como familia, de

³⁶ También los artículos 1, 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos II, V, VI de la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos. Sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ, BAEZ PEÑA, SCOTTI Y MEDIDA, *op. cit.*, pp. 655 ss.

³⁷ Desde estos planteamientos, señala LACRUZ: *Elementos, op. cit.*, p. 29, que se está imponiendo progresivamente en la doctrina española la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente y cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor trascendente, no pasa de ser el marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo. Añade este autor que la potenciación de los valores personales de la CE (la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales que le son inherentes) hacen de la propia persona el centro de su proyección jurídica y de la correspondiente protección. En cuanto a otros derechos y valores jurídicos (no fundamentales) puede triunfar el interés de la familia sobre el de sus miembros.

acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional. En tal sentido, el deber que tienen los poderes públicos de proteger a la familia (*ex art. 39 CE*) es lo que justifica, con las matizaciones que haremos más adelante, que el Derecho imponga un modelo jurídico de relación como expresión de lo que se considera que es «justo», aun cuando los convivientes no lo quieran en su totalidad.

Es verdad que se podría argumentar, en contra de la aplicación de un estatuto imperativo, que el sometimiento al mismo requiere del consentimiento de los miembros de la pareja, y precisamente el carácter aformal de este tipo de relación excluye o, al menos no presupone necesariamente ese consentimiento, e incluso puede ser que manifiesten su voluntad en contra. Con independencia de que más adelante abordemos este último supuesto, nos parece que la raíz de la argumentación no debe situarse en la voluntad o consentimiento de los convivientes, sino en el alcance del mandato constitucional de la protección de la familia.

Al respecto, puede ser ilustrativo de todo cuanto venimos afirmando la comparación entre matrimonio y pareja de hecho. El matrimonio requiere un acto formal en el que la imposición de su régimen jurídico deriva de la voluntad libremente expresada de los contrayentes, aunque las consecuencias jurídicas del matrimonio no dependan, en lo que respecta a las relaciones personales, de la disposición de los cónyuges sino de lo previsto por el legislador. Por el contrario, en la pareja de hecho su naturaleza eminentemente fáctica hace difícil que el legislador subordine la imposición de un estatuto jurídico a la prestación de un consentimiento; por ello, se debe considerar otro tipo de argumentos, fundamentalmente que el Estado no hace sino dar protección a este nuevo tipo de familia; protección que tendría como presupuesto que dicha convivencia resulte debidamente acreditada. No obstante y como ya se ha apuntado, la respuesta del ordenamiento tiene que ser distinta en aquellos supuestos en los que existe una manifestación libre y consciente de los convivientes bien de excluir cualquier regulación del Derecho, bien de dotar de un régimen jurídico propio a su relación de pareja. En el primer supuesto, parece que el legislador no podría entrar a regular una situación cuando los sujetos protagonistas han exteriorizado una voluntad contraria al sometimiento a dicho régimen jurídico; en el segundo debería respetar la validez del acuerdo suscrito por los convivientes, siempre que el mismo no sobrepase los límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

En definitiva, la distinta naturaleza que tiene el matrimonio y la pareja de hecho conlleva que el reconocimiento jurídico de una y otra institución deban tener presupuestos diversos: mientras que en

el matrimonio es el consentimiento libremente prestado por los contrayentes lo que somete a éstos a la disciplina matrimonial, en la pareja de hecho es la mera convivencia lo que determina la aplicación del régimen jurídico, de forma que el consentimiento tendría que ser prestado para excluir dicha regulación.

Por último, como ya se ha hecho referencia, estamos ante un modelo de convivencia diferente a la matrimonial, pero esta nueva realidad social es considerada hoy por el Estado como otro tipo de familia a la hora de asignarle determinadas funciones.

Efectivamente, en nuestra Constitución la familia constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la prestación de servicios. Típico de este modelo denominado *mixto*, es que al Estado le corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales y de la implementación de los derechos sociales, y al grupo familiar le corresponde prestar determinados servicios asistenciales basados en el principio de solidaridad. Es, precisamente, en el marco de ese deber de prestar asistencia a los miembros de la familia impuesta por el Estado a los particulares donde se ha de ubicar la regulación del Código Civil relativa a las relaciones paterno-filiales, los alimentos entre pariente, las pensiones y los alimentos en casos de separación y divorcio, etc.³⁸. Es más, ya hemos visto cómo en los últimos años el legislador español ha superado la tradicional equiparación que existía en nuestro ordenamiento entre familia y matrimonio, asignando a los distintos modelos de familia presentes hoy en la sociedad, y no sólo a la familia matrimonial, esa labor de prestación de servicios asistenciales. Así la disposición adicional tercera de la ya citada Ley de Adopción equipara la unión de hecho al matrimonio al efecto de reconocerle la función de familia, al permitir que sean adoptantes no sólo los cónyuges sino los integrantes de una pareja de hecho y, en consecuencia, asuman el cuidado de los hijos adoptados. También cualquier tipo de familia, y no sólo la que tiene su origen en el matrimonio, puede acogerse a las medidas previstas por el legislador para la conciliación de la vida personal y familia; e igualmente, y como ya se ha señalado, son las familias en general las que asumen el cuidado de las personas dependientes³⁹.

De igual modo, también en la legislación autonómica se pone de manifiesto esta tendencia de hacer recaer sobre la pareja de hecho la prestación de servicios asistenciales basados en el princi-

³⁸ ROCA: *Familia y cambio social*, op. cit., p. 68.

³⁹ Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, las personas dependientes constituyen hoy un colectivo que supera los 6,6 millones de personas, representando el 16,6 por 100 de la población.

pio de solidaridad. Así, la Ley 3/2005 de 8 de abril además de derogar el artículo 6 de la Ley catalana de uniones estables de parejas que únicamente permitía adoptar conjuntamente a los miembros de la pareja heterosexual, ha dado nueva redacción a los artículos 115 y 117 del Código de Familia (arts. 1 y 2 Ley 3/2005). La finalidad de dicha modificación es permitir que la pareja de hecho, con independencia de su orientación sexual, adopte conjuntamente (art. 115 del Código de Familia), o que uno de los miembros de la pareja adopte a los hijos de la persona con la que convive (art. 117 del Código de familia). Por su parte, el artículo 7 de la Ley 10/1998 de uniones estables de pareja de Cataluña, respecto de las pareja de hecho heterosexuales, establece en materia de tutela que si uno de los miembro de la pareja es declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia fijado para el nombramiento de tutor; igual derecho reconoce el artículo 25 en relación a las parejas homosexuales. Además la citada Ley reconoce a los convivientes la posibilidad de solicitar la reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo por incapacidad física del conviviente y mientras conviva (art. 27.c); reducción de la jornada que se sobreentiende que es para cuidar al miembro de la pareja declarado incapaz. La Ley 6/1999 de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas permite la adopción conjunta por parejas no casadas (art. 10⁴⁰); además, establece que en caso de declaración judicial de ausencia (art. 11), o cuando uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapaz (art. 12) el otro será designado representante del ausente, u ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela. Con respecto a Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio no sólo permite que los miembros de la pareja formalicen conjuntamente acogimientos o adopciones (art. 8), sino que expresamente se prevé que los miembros de la pareja estable se equiparen a la situación de los cónyuges en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. Una norma similar se contiene en el artículo 7 de la Ley 18/2001 de Baleares sobre parejas estables. Por último, la Ley 2/2003 de 7 de mayo del País Vasco, permite a los miembros de la pareja estable formalizar acogimientos de menores de forma conjunta (art. 7), así como adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio (art. 8).

⁴⁰ En su redacción original, el artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, establecía que las parejas estables no casadas heterosexuales podían adoptar conjuntamente. La Ley 2/2004, de 3 de mayo, ha dado una nueva redacción al citado artículo 10 de la Ley 6/1999 según el cual «Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente».

A la vista de lo expuesto cabe concluir que de acuerdo con ese sistema mixto diseñado por la Constitución, el grupo familiar desempeña esa función de prestación de servicios asistenciales que el Estado le ha asignado. Función que es asumida por las parejas de hecho al mismo nivel que las familias matrimoniales en la medida que, como hemos tenido ocasión de comprobar, y fundándose en el derecho a la reagrupación familiar, el legislador atribuye bien a uno de los cónyuges, bien al conviviente la función de ser tutor, curador o representante del ausente.

Esta equiparación del matrimonio y las parejas de hecho en funciones típicamente familiares plantea la duda de si la ausencia de una normativa que regule las relaciones de los convivientes no supone un incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia. Y en efecto, así debe ser valorado, pues el sólo la recepción de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico estableciendo un conjunto de derechos y deberes para los convivientes daría respuesta a ese mandado del artículo 39 CE; dicho precepto, ordena a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia lo que a nuestro parecer incluye la exigencia de su reconocimiento jurídico como realidad familiar en la medida que sin regulación no hay protección efectiva.

Apuntando ya lo que podría ser el estatuto jurídico de las parejas de hecho, cabe afirmar que el mismo debería tener como finalidad primordial establecer las normas que regulen la convivencia de la pareja de hecho mientras la misma subsista. Normas que, como tendremos ocasión de exponer en las páginas siguientes, deberían estar inspiradas en los principios de igualdad, respeto y ayuda mutua entre los convivientes. En segundo lugar, en dicha ley deberían abordarse las consecuencias derivadas de la disolución de la pareja, a fin de impedir que alguno de los miembros de la pareja resultara perjudicado como consecuencia de una ruptura unilateral, o del fallecimiento de su conviviente⁴¹. El carácter tuitivo de dicha regulación no es sino la consecuencia, por un lado, de los principios que inspiran nuestra Constitución en el marco de un Estado social de Derecho y, por otro, de los fines que tales uniones asumen en tanto constitutivas de familias.

Ahora bien, una vez expuestos los principios básicos que deben estar presentes en dicha regulación, es necesario dar un paso más

⁴¹ MARTIN CASAL: «Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil* 1995, tomo IV, p. 1800, afirma que ningún intento de regulación debe pretender reproducir en pequeña escala la normativa matrimonial. En su opinión, lo que se debe procurar es resolver los graves problemas que se presentan fundamentalmente en el momento de la ruptura de la pareja y proteger a la parte más débil sea quien sea, pero que por lo general suele ser la mujer.

en el sentido que es preciso delimitar la extensión con la que debe regularse esta nueva realidad social; dicho de otro modo, se trata de enumerar el conjunto de derechos y deberes recíprocos que deben reconocerse a los miembros de la pareja. No es ésta una cuestión fácil como lo demuestra el hecho de que aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia legislativa han abordado la regulación de las parejas de hecho de desigual forma. En efecto, el examen de dichas disposiciones nos revela que no existe un concepto uniforme de este tipo de relación válido para todas ellas y su régimen jurídico tampoco es similar; así, a título de ejemplo, algunas permiten adoptar a las parejas homosexuales, mientras que otras reconocen este derecho exclusivamente a las parejas heterosexuales; algunas reconocen derechos sucesorios al conviviente superviviente y otras no. Por su parte, Galicia se ha separado del modelo seguido por las otras leyes autonómicas y, como si el asunto no tuviera mayor trascendencia, ha equiparado matrimonio y convivencia *more uxorio* en la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006. Como resultado de dicha equiparación se declara expresamente que se extiende a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que dicha Ley reconoce a los cónyuges.

Además del estudio de la legislación autonómica sobre parejas de hecho, hay otro dato que nos ha de servir en nuestra tarea de delimitar el alcance que debe tener la futura ley estatal. En efecto, como ya se ha dicho, las reivindicaciones de las parejas de hecho en lo relativo al reconocimiento de derechos ha tomado como paradigma la institución matrimonial. Por ello, es preciso realizar un análisis comparativo de las parejas de hecho y del matrimonio a fin de determinar si su naturaleza, y por tanto su estatuto jurídico, deben ser equivalentes. En otras palabras, si el hecho de que convivan en nuestra sociedad distintos modelos de familia exige una igualdad de trato de todas ellas o, por el contrario, es legítimo establecer diferencias entre la familia matrimonial y la no matrimonial que resulten razonables y acordes con el principio de igualdad proclamado en nuestro texto constitucional.

IV. POSIBLE ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PAREJAS DE HECHO

4.1. Concepto y requisitos de las parejas de hecho

El debate en torno a los cauces por los cuales debe discurrir la futura ley sobre parejas de hecho exige elegir entre dos modelos

contrapuestos. El primero toma como punto de partida la identificación de las parejas de hecho como un nuevo tipo de familia, según la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone su equiparación en derechos y deberes a la familia que tiene su origen en el matrimonio; esto es, el estatuto legal de todos los modelos de familias presentes en nuestra sociedad debe ser el mismo. La tesis contraria admite que el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto, con el sólo límite de la equiparación entre los hijos; desde estos planteamientos, se defiende que las uniones de hecho constituyen un modelo de familia que merece una protección acorde con esa determinación de no vincularse. En apoyo de esta opinión se argumenta que los miembros de una pareja de hecho eligen prescindir del cumplimiento de las formalidades propias del matrimonio, rechazan someterse al estatuto legal de esta institución y quieren que dicha unión pueda disolverse por la mera voluntad de sus miembros, sin acudir a procedimiento legal alguno. Nos encontramos, pues, por propia elección de sus protagonistas ante una situación fáctica basada en la mera convivencia.

Como puede apreciarse, la respuesta a esta cuestión está íntimamente ligada con el contenido y la extensión de la ley que en el futuro regule esta cuestión. En efecto, si las parejas de hecho constituyen una realidad equivalente al matrimonio entonces el estatuto de la familia debe ser único en todos los ámbitos, sin diferenciar entre forma matrimonial y mera convivencia; desde estos planteamientos la futura ley debería regular ampliamente las consecuencias de este tipo de unión. Parece evidente que admitir esta tesis conllevaría una modificación sustancial del Derecho de familia tal y como está configurado en el Código Civil. En tal sentido, afirma Roca⁴² que si queremos que la ley se adapte a todas y cada una de las posibles formas familiares presentes en la actual sociedad, no tenemos más remedio que usar un sistema de legislación que tenga una base distinta de la que hasta ahora se ha utilizado: en vez de buscar regulaciones pormenorizadas de todas y cada una de las instituciones familiares, hay que encontrar una base distinta plural. Ese denominador común es, en opinión de la autora, el previo reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo en tanto que miembros del grupo familiar y, a la vez, la efectividad de estos derechos en este tipo de relaciones.

La tesis contraria consiste en defender que estamos ante dos modelos de familia y, por tanto, que el grado de protección de una

⁴² «Globalización y Derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 41.

y otra pueda ser distinto en la medida que no son realidades equivalentes. Es decir, la constitución de una familia sin utilizar el recurso al matrimonio responde a una elección de los interesados que el ordenamiento jurídico debe respetar; en consecuencia, los poderes públicos deberían acordar una forma de protección en virtud de la obligación que aparece en el artículo 39 CE, pero sin llegar a la plena equiparación con las parejas matrimoniales, pues ello conllevaría una imposición por parte del Estado que vulneraría los derechos de los propios interesados⁴³. Pronunciarse a favor de esta tesis exige determinar cual es ese nivel mínimo de protección que debe ser asumido en todo caso por el legislador español.

No obstante, antes de abordar la cuestión relativa al estudio de las coordenadas por las que debería discurrir la futura ley general en los términos ya expuestos, es preciso definir que se entiende por pareja de hecho y que requisitos se exige en general para su existencia⁴⁴.

Es de todos conocidos que las parejas de hecho han sido objeto de regulación a nivel autonómico. Pues bien, algunas de estas leyes definen la pareja de hecho como la unión libre y pública de dos personas mayores de edad, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual⁴⁵. Otras, como por ejemplo, la Ley catalana, aragonesa, navarra o la del País Vasco incluyen en la definición, además, la exigencia de que los miembros de la pareja no tengan vínculos de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo o, en ocasiones el tercer grado⁴⁶ y siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

Por su parte, la Proposición de Ley de medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho define a ésta en su artículo 2 como *la unión libre, estable, pública, y notoria de una relación de afecti-*

⁴³ ROCA: *Familia, familias y derecho de la familia*, op. cit., p. 1078. En el mismo sentido, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Diagnóstico*, op. cit., pp. 147 ss., y TALAVEIRA: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., pp. 4 ss.

⁴⁴ La mayor parte de la bibliografía que existe sobre las parejas de hecho hace alusión a los requisitos que son necesarios para su existencia. Abordan especialmente esta cuestión, entre otros, MESA MARRERO, op. cit., pp. 33 ss; BLANCO PÉREZ-RUBIO (op. cit., p. 102 ss.) o PÉREZ UREÑA (op. cit., pp. 15 ss.) que aporta una notable jurisprudencia sobre el tema.

⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 1 de la ley valenciana; artículo 1 de la ley de las Islas Baleares; artículo 3 de la Ley andaluza, artículo 1 de la Ley canarias; artículo 2 de la ley extremeña.

⁴⁶ Restringen el impedimento de parentesco al segundo grado la ley de Navarra; Aragón, Asturias Andalucía, el País Vasco y Cantabria. Por el contrario, otras leyes como las de Valencia, Baleares, Canarias, Madrid o Extremadura prohíben que puedan formar pareja estable los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

*vidad similar a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad, siempre que ninguno de ellos esté unido por vínculo matrimonial en vigor, a otra persona, salvo en los supuestos que la ruptura de ese vínculo sea imposible por causas ajenas a su voluntad. Se entenderá que la unión es estable cuando haya durado al menos un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*⁴⁷.

El Tribunal Supremo, en lo relativo a los caracteres que deben estar presentes en esta nueva realidad social señala, en su Sentencia de 18 de mayo de 1992 que «*la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines en el núcleo mismo del hogar*».

El análisis de las disposiciones legales autonómicas sobre parejas de hecho coincide sustancialmente con la descripción del TS acerca de que elementos son jurídicamente relevantes para caracterizar una convivencia *more uxorio*. Ambas nos ponen de manifiesto que han de exigirse, al menos, los siguientes requisitos:

a) Coexistencia diaria: sin duda, el requisito primordial de la unión de hecho es la convivencia que supone la creación, por parte los miembros de la pareja, de una comunidad de vida estable y duradera, semejante a la surgida del matrimonio⁴⁸. Característico de la unión de hecho es, pues, que los miembros de la pareja tienen un proyecto de convivencia común, pero no un compromiso de continuidad, sino de estabilidad y fidelidad. Acorde con la importancia de este requisito, la mayoría de las leyes autonómicas exige la convivencia para reconocer la existencia de una pareja de hecho a lo que se añade, en ocasiones, la necesidad de que la pareja haya convivido como mínimo un período de tiempo determinado.

⁴⁷ Idéntica es la definición contenida en la Proposición de Ley presentada por el GP de Coalición Canaria. Por el contrario, en la presentada por el Grupo Socialista del Congreso se exige un período mínimo de convivencia de dos años, salvo que exista descendencia común en cuyo caso basta la mera convivencia.

⁴⁸ Sin embargo, advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *op. cit.*, p. 1100, que a medida que se ha ido produciendo una cierta intervención legislativa precisamente para atribuir determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho, se ha producido un fenómeno de progresiva juridificación de dichas uniones respecto a su constitución y existencia. De este modo, la convivencia va perdiendo importancia a favor de un acto de voluntad de los convivientes, o de quienes aspiran a serlo, dirigido bien a constituir la unión bien a acogerse al régimen jurídico predispuesto legalmente para ella.

b) La exigencia de un período de convivencia encuentra su explicación al examinar el segundo requisito que ha de concurrir en la unión de hecho: la estabilidad en la medida que entre los miembros de la pareja existe un proyecto de vida en común. Así, la exigencia de que sea una unión estable impide considerar como pareja de hecho las relaciones ocasionales o esporádicas.

En relación con el requisito de la estabilidad, se pregunta Talavera⁴⁹ el fundamento de su exigencia a fin de calificar jurídicamente una convivencia *more uxorio*, cuando su referente inmediato –el matrimonio– no exige tal voluntad para su plena eficacia, pues basta cumplimentar válidamente la forma establecida. En opinión de este autor, su razón de ser es que el Derecho presume que quien contrae matrimonio ha decidido iniciar una relación estable y duradera en el tiempo, por lo que la decisión de constituir la exige una forma específica y la de disolverla está sometida a un proceso judicial en el que deben garantizarse los derechos legítimos de ambas partes de la relación. Por el contrario, se presupone que la unión libre es una situación provisional, que se constituye con plazo de caducidad, indeterminado en el tiempo, pero cierto en su terminación. De ahí, añade este autor, que no requiera formalidades de constitución –como algo que es provisional y privado no pretende relevancia pública–, ni tampoco de disolución –como algo privado no pretende consecuencias jurídicas–. Por ello, la única prueba de que no es una relación esporádica entre dos personas, sino que tiene voluntad de permanencia y estabilidad es el transcurso del tiempo.

Pero, como ya se ha dicho, la pareja de hecho se configura como una alternativa al matrimonio y en tal sentido la decisión de dos personas de compartir un proyecto de vida en común conlleva una vocación de estabilidad semejante a la que existe en el matrimonio. Ahora bien, su carácter aformal puede hacer difícil la prueba de su existencia y en atención de ello se equipara voluntad de compromiso con la observancia de un período mínimo de convivencia.

En relación con el requisito de la estabilidad, la normativa autonómica permite que esa voluntad de permanencia pueda quedar demostrada por otros medios, como la existencia de descendencia común, ya que la decisión de tener hijos biológicos, o la de adoptarlos conjuntamente pone de manifiesto que entre los miembros de la pareja existe un proyecto de vida conjunto.

Por último, en relación con este requisito cabe igualmente añadir que algunas leyes de las Comunidades Autónomas no exigen el

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 29.

transcurso de un determinado período de tiempo, ni la existencia de descendencia común si los convivientes han manifestado su voluntad de constituir una pareja mediante escritura pública. En esta hipótesis, dicha declaración expresa cumpliría la función de probar que existe un proyecto de vida en común con vocación de estabilidad⁵⁰.

A la vista de lo expuesto y por razones de seguridad jurídica parece aconsejable que el legislador estatal exigiera un período mínimo de convivencia, entre uno y dos años, como forma de acreditar el requisito de la estabilidad. Por las razones ya apuntadas ese período mínimo no sería necesario si existieran hijos comunes. Constituye, sin embargo, una opción de política legislativa considerar que existe una unión estable cuando se ha otorgado documento en el que conste la voluntad de constituir una pareja.

c) En tercer lugar, como señala el Tribunal Supremo, la convivencia *more uxorio* deber ser practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados. Es precisamente esa voluntad de que la sociedad conozca y acepte que existe una comunidad de vida, aun sin haber formalizado dicha unión, lo que permite excluir del concepto de parejas de hecho a las relaciones secretas u ocultas.

Dicho requisito está plenamente justificado en la medida que nos encontramos ante un modelo de familia que tiene un origen fáctico: su existencia no deriva de un procedimiento legalmente establecido como sucede en el matrimonio, sino de la mera convivencia. Por ello, que dicha convivencia sea pública y notoria se

⁵⁰ Así la ley catalana respecto a las parejas de hecho heterosexuales exige un período de convivencia de dos años, salvo que exista descendencia común, en cuyo caso es suficiente la mera convivencia, o se hayan manifestado su voluntad de constituirla mediante escritura pública; igualmente la ley aragonesa exige un período de convivencia de dos años salvo que han manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública. El artículo 3.2 de la ley del Principado de Asturias exige un período de convivencia de un año, salvo en los supuestos que tengan descendencia común que bastará la mera convivencia, o que se haya expresado la voluntad manifestada de constituir pareja de hecho, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones. Por su parte, el artículo 4 de la ley de Cantabria considera que la unión es estable cuando se den alguno de los siguientes requisitos: un período mínimo de convivencia de un año; tener descendencia común, natural o adoptiva o documento público en el que conste la voluntad de constituir pareja de hecho. La legislación Canaria exige igualmente un período mínimo de convivencia de un año, con la única excepción que haya descendencia común. Por último, las leyes de Navarra, Valencia, Madrid y Extremadura también exigen el plazo de un año.

Al margen de la legislación autonómica existen en nuestro ordenamiento jurídico otras disposiciones que exigen que la convivencia *more uxorio* dure un período de tiempo determinado; así la LAU de 24 de noviembre de 1994 (arts. 12 y 16 y DT 2.ª.7), la Ley de 11 de diciembre de 1995, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual (art. 2.3.a) y la ley de 8 de octubre de 1999 de solidaridad contra las víctimas del terrorismo (art. 3) reconocen derechos a las parejas, en su respectivos ámbitos, siempre que la convivencia haya durado al menos dos años, salvo que haya existido descendencia común, en cuyo caso es suficiente la mera convivencia.

configura como un requisito imprescindible por ser precisamente lo que da certeza de su existencia; existencia que lógicamente es presupuesto previo al reconocimiento de efectos jurídicos.

d) En cuarto lugar, dicha relación de afectividad debe ser análoga a la conyugal. Ciertamente, este requisito no es exigido de forma unánime por la doctrina española que se ha pronunciado sobre esta cuestión. Como ya se ha apuntado, algunos autores defienden que el marco legal de las parejas de hecho debe ser el Derecho contractual privado, no el Derecho de familia. Sin embargo, como advierte Talavera⁵¹ lo esencial para la existencia de una convivencia afectiva es que la dimensión sexual esté incluida dentro de esa comunidad de vida que comparten los integrantes de la pareja. En consecuencia, la falta de esa dimensión sexual conlleva que no constituyen parejas de hecho las diversas formas de convivencia (en sentido amplio, los contratos de cohabitación civil), que sólo tiene por finalidad constituir un medio recíproco de auxilio y compañía⁵². El fundamento último de esta forma de convivencia radicaría en su utilidad social, dada las relaciones de solidaridad que existe entre los miembros que la integran, pero el tipo de afectividad que preside uno y otro modo de convivencia es diferente; en consecuencia, al no ser situaciones equivalentes no deben regularse en un mismo texto legal.

e) La monogamia es la quinta nota característica que debe exigirse a una convivencia *more uxorio*. Se trata de un requisito imprescindible vinculado a nuestra raíz cultural de forma que, en

⁵¹ *Op. cit.*, p. 51.

⁵² En esta línea la Proposición de LO del Grupo Popular define *el contrato de unión civil* como aquél en el que dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua. Por su parte, la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, de Uniones Convivenciales de Ayuda Mutua, del Parlamento de Cataluña señala en su Preámbulo que al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo referente a personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades. En este contexto, dicha ley es aplicable a las relaciones de convivencia de dos o más personas (cuatro como máximo) en la misma vivienda habitual que, sin ser una familia nuclear comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, siendo la distribución económica igual o desigual, o si la carga económica es asumida por un conviviente y el trabajo por otro etc. Se trata, de una previsión equiparable a la que en Francia se ha hecho con la Ley 99-994, de 15 de noviembre de 1999 relativa al PACS (*Pacte civil de solidarité*), abierto a toda clase de parejas, si bien sometidos a estricto requisitos de celebración y cuyos limitados efectos deben ser concertados expresamente en el momento de su celebración. En cuanto a la naturaleza jurídica de este Pacto Civil de Solidaridad, señala RODRÍGUEZ, BÁEZ PEÑA, *op. cit.*, p. 659, que las más prestigiosa doctrina francesa se ha dividido entre quienes ven en la unión civil un simple contrato en la que medita que el PACS se define como «*un contrat conclu para deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commun*», y quienes hacen hincapié en el aspecto personal de la institución con el argumento de que sus normas se encuentran en el título II del CC relativo a los derechos de las personas; finalmente, hay quienes desde una posición intermedia consideran que se trata de un contrato cuyo objeto es organizar la vida en común de la pareja.

nuestra opinión, la sociedad no aceptaría que se reconociera legalmente a unas relaciones afectivas en las que no se exigiera la exclusividad. Por otra parte, en aquellos países donde se admiten, las relaciones poligámicas responden a una situación de discriminación para la mujer que resulta incompatible con nuestra Constitución. En consecuencia, este elemento deriva no sólo de la analogía que existe entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio*, sino sobre todo del hecho de que la exigencia de exclusividad en las relaciones afectivas forma parte del orden público. Por este motivo, nuestro ordenamiento jurídico no admite que puedan existir en España modelos familiares poligámicos aunque los mismos sean válidos en otros países. Así, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone en su artículo 17.1.a) que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a su cónyuge siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se hay celebrado en fraude de ley. Y añade el legislador que *En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial*. Por ello, la monogamia constituye un requisito que de ningún modo puede ser obviado por el legislador español.

Aun cuando estrictamente hablando no pueden definirse como relaciones poligámicas, las legislaciones autonómicas prohíben constituir una pareja de hecho a aquellos que están ligados por vínculo matrimonial, o que han formado ya una unión estable con otra persona; no obstante, alguna de estas regulaciones excluyen de dicha prohibición los supuestos en que uno o ambos de los convivientes, aunque unidos por un vínculo matrimonial anterior, están separados judicialmente. Respecto de las personas que ostentan la nacionalidad española, dicha excepción podría estar justificada en la legislación anterior, pero no en la actual ya que la Ley 15/2005 permite obtener el divorcio a los tres meses de contraído matrimonio y sin alegar causa alguna. Sin embargo, cabría pensar en la posibilidad de que esta normativa se aplicara a los nacionales de otros países en una hipótesis similar a la prevista en el artículo 107.2 CC. Dicho precepto señala que la separación o el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común en dicho momento y, en su defecto, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de s cónyuges reside habitualmente en España. Pero añade que *en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España*,

si las leyes antes citadas no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. Por tanto, la ley española sobre parejas de hecho podría ser aplicada a los nacionales de otros países residentes en España, cuya ley personal no les permitiera disolver el vínculo matrimonial o lo hiciera en términos discriminatorios o contrarios al orden público.

Con respecto a los llamados impedimentos de parentesco, también parece evidente que no podrán constituir pareja de hecho los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción sin límite de grado y los colaterales hasta el segundo grado. El fundamento radica en que nos encontramos ante un modelo de convivencia con una relación de afectividad análoga a la conyugal a la que afectan, por tanto, los impedimentos matrimoniales fundados en principios de orden público; en efecto, dichos impedimentos están basados en razones culturales y de moral social por lo que se deben extender a todo tipo de pareja. Por el contrario entendemos que cabe admitir que se permitiera constituir parejas de hecho a los parientes colaterales de tercer grado; impedimento que, como es sabido, tiene en el matrimonio una naturaleza dispensable (art. 48.2 CC).

f) El último elemento que caracteriza a la convivencia *more uxorio* es la falta de toda formalidad, en el sentido de envoltura externa o constancia de la unión. Como es sabido, el consentimiento matrimonial es formal, reglado, genera un vínculo legal y se constituye en un solo acto. Por el contrario, como señala Talavera⁵³, en la pareja de hecho existe un consentimiento continuado, que ha de reiterarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia marital. Por ello, cuando falta la renovación diaria de ese compromiso de convivencia por parte de uno o de ambos miembros, la pareja se disuelve automáticamente, sin observar ninguna de las formalidades previstas para el matrimonio.

Sin embargo, dicha falta de formalidad en su constitución y disolución puede dificultar, en ocasiones, la prueba de la existencia de una pareja de hecho. Por ello, algunas leyes autonómicas exigen con carácter constitutivo la inscripción en un Registro de Parejas creado al efecto⁵⁴. Dichos Registros tienen carácter administrativo y a juicio de Valpuesta Fernández⁵⁵ tienen escasa virtualidad jurídica, careciendo, en todo caso, de la que pretendidamente se le quieren atribuir. El argumento es que un Registro municipal sólo se

⁵³ *Op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁵⁴ Así, por ejemplo, el artículo 3 de la del de valenciana; el artículo 1.2 de la ley de las Islas Baleares; el artículos 1 y 3 de la ley de la Comunidad de Madrid; el artículo 2.3 de la ley de Extremadura o el artículo 3 de la ley vasca.

⁵⁵ «La institucionalización jurídica...», *op. cit.*, pp. 63 ss.

puede crear en el ejercicio de competencias que le son propias y sobre los efectos de la pareja de hecho carece por completo de atribuciones. Añade esta autora que se podría pensar que de dicha inscripción se deriva una presunción de convivencia que puede ser alegada en otros ámbitos del Derecho, pero dicha presunción no se deriva de dicho Registro, sino del Padrón municipal⁵⁶.

En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la CE, sólo una Ley estatal podría crear un Registro que generara efectos típicos de la publicidad. Ahora bien, se pregunta Valpuesta qué consecuencias se derivarían de la inscripción en tales Registros: si una presunción de convivencia de naturaleza *iuris tantum*, un efecto de oponibilidad de lo inscrito, o incluso sería posible de dotarle de una eficacia más sustantiva parecida a la fe pública registral.

En su opinión, de tal Registro no se podría derivar una presunción *iure et de iure* de la realidad allí proclamada, a semejanza de la fe pública registral, pues tal solución iría en contra de la naturaleza fáctica de la unión de hecho, requiriéndose además la concurrencia de unos requisitos que nos llevarían a un matrimonio paralelo. Por el contrario, sí cabría la posibilidad de que dicho Registro pudiera tener una eficacia de oponibilidad frente a terceros, bien de los pactos que para regular sus relaciones hubieran celebrado los convivientes, bien de los efectos que frente a terceros se le reconociera a tal situación. Por último, de tales Registros se podría derivar una presunción de convivencia que habría de tener naturaleza *iuris tantum*, pudiendo ser desvirtuada mediante prueba en contrario de que no existe tal convivencia o que ésta ya ha finalizado al tiempo que se quiere hacer valer, con lo que tendría el efecto de invertir la carga de la prueba para el que niegue tal realidad⁵⁷.

⁵⁶ Ídem, p. 64; de dichos Registro sí se puede extraer una presunción de hecho, no jurídica, a valorar por el Juez junto a los demás elementos de prueba. De igual modo, cabe que de la inscripción en dichos Registros administrativos se derivara una presunción de convivencia *iuris tantum* que podría ser tenida en cuenta por los Ayuntamientos para el ejercicio de sus propias competencias, tales como la prestación de ayuda familiar o la concesión de viviendas de protección oficial.

⁵⁷ Para todo ello, en opinión de esta autora, se debe regular el acceso al Registro mediante la declaración libre y consciente de cada uno de los miembros de la pareja que deberá sufrir, al menos, un control negativo de que dicha situación o es contraria al Derecho por vulnerar algunas de sus normas. Asimismo, se debe permitir la cancelación del asiento a instancias de cualquiera de los convivientes, sin más requisitos que la simple declaración de que aquélla ha finalizado. En todo caso, advierte VALPUESTA, se debe tener en cuenta la doble realidad que supone, de un lado, una convivencia que existe mientras se mantiene, y de otro un asiento registral que permanecerá vigente hasta que no se cancele, sin que se tenga medios para constatar si efectivamente ambas coinciden, porque se pueden propiciar conductas fraudulentas que persigan configurar en el Registro una situación que no existe en realidad con la finalidad de obtener alguno de los beneficios que se le atribuyera a la pareja de hecho.

Una vez delimitados los requisitos imprescindibles para que exista pareja de hecho, el siguiente paso será determinar cuál podría ser el contenido de las relaciones personales y patrimoniales de una convivencia *more uxorio*.

4.2 Estatuto jurídico de las parejas de hecho

4.2.a) PLANTEAMIENTO

Abordamos en este epígrafe la cuestión relativa a la determinación del régimen jurídico de las parejas de hecho; esto es, el conjunto de derechos y deberes que debe reconocerse a las mismas. Pero, en íntima conexión con este tema está el de la elección del modelo que ha de seguir el legislador cuando decida promulgar una ley sobre parejas de hecho.

Al respecto, y como ya se ha apuntado, cabría optar entre dos modelos contrapuestos. El primero parte de la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho con el argumento de la indudable semejanza entre ambos tipos de familia, pues en uno y otro supuesto se crea una convivencia estable, con actuaciones, intereses y fines comunes⁵⁸. Es más, el acercamiento entre ambas familias es la lógica consecuencia de lo que se ha denominado «vaciado de los contenidos institucionales del matrimonio». Como consecuencia de dicho fenómeno, se afirma que la función que tradicionalmente el legislador había asignado al matrimonio desde el punto de vista institucional, sería prácticamente nula en la actualidad puesto que apenas existen verdaderos principios y obligaciones que proteger en cuanto típicos de esa clase de matrimonio diseñado por el legislador⁵⁹. Su significado y sentido habría que buscarlo

⁵⁸ En tal sentido, ya se han citado las cada vez más numerosas leyes que en nuestro ordenamiento jurídico tienen en cuenta a las parejas de hecho a efectos de equipararlas al matrimonio: emplean expresiones tales como «persona con quien conviviera de forma estable en análoga relación de afectividad», o «convivencia marital o situación de hecho asimilable».

⁵⁹ Los siguientes indicadores apoyan la afirmación de que esa función institucional que tenía el matrimonio se ha ido vaciando progresivamente de contenido:

Primero, desaparece con la Ley 15/2005 toda idea de separación sanción basada en la conducta culpable de uno de los cónyuges. Coherentemente, con esta nueva concepción de la separación desaparecen de algunos preceptos del Código Civil determinados efectos jurídicos asociados a ese juicio de culpabilidad respecto de la conducta de uno de los cónyuges; así, en la legislación anterior el cónyuge superviviente perdía su condición de legitimario si los cónyuges estaban separados; no obstante, se conservaba dicho derecho si el cónyuge superviviente estaba separado por culpa del difunto. Además, el viudo recuperaba su condición de legitimario si entre los cónyuges separados hubiera mediado perdón o reconciliación. En la regulación actual, introducida por la Ley 15/2005 desaparece la referencia a estar separado por culpa del difunto; igualmente desaparece la expresión perdón que denotaba una cierta culpabilidad en el otro cónyuge.

hoy en su dimensión operativa; es decir, una regulación legal que cada vez se manifiesta más como un sistema de garantías y presunciones que aseguran la tutela de ciertas cuestiones dentro del Derecho de Familia. De ahí que *ya no tenga sentido hablar de protección institucional del matrimonio, pues en la práctica su función es meramente instrumental*. Desde unos planteamientos similares, Torrent⁶⁰ reconoce que desde el punto de vista jurídico-formal matrimonio y unión de hecho no son exactamente iguales, pero cumplen idénticos fines y en virtud de la progresiva privatización del matrimonio ambos siguen unas vías paralelas que tienden a converger. Por ello, en su opinión, este nuevo tipo de familia basada en la amplísima libertad civil de los ciudadanos trasciende el tipo conocido hasta ahora y, en aras del principio de igualdad, debe tener la misma protección la familia matrimonial que la de hecho, que es lo que preconiza el artículo 39⁶¹.

Desde una perspectiva diferente señala Bercovitz⁶² que el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone, en realidad, la admisión por aquéllas de nuevas clases de matrimonios, distintos del regulado por nuestro Código Civil y los Derechos civiles forales, tanto en lo relativo a la forma y requisitos de celebración, como en su contenido personal, o en sus causas de extinción. Ello determina que en su opinión tales leyes deban ser consideradas inconstitucionales. De igual modo, y en la medida que nuestra Constitución permite la pluralidad en las formas de celebración del matrimonio, pero no en sus efectos, señala Bercovitz que no parece posible, sin una reforma constitucional previa,

Segundo, con respecto a la regulación del divorcio desaparece igualmente la necesidad de invocar causa alguna para disolver el matrimonio. En consecuencia, tras la reforma del 2005 se decretará judicialmente el divorcio una vez transcurridos tres años desde la celebración del matrimonio. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud. Así, pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que se pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales y sin que el juez pueda rechazar la petición salvo por motivos personales.

Tercero: se produce una mitigación del deber de fidelidad que, aunque sigue vigente (art. 68 CC), es algo casi simbólico desde la supresión de los tipos delictivos basados en su infracción.

⁶⁰ «Las uniones de hecho, nueva tipología de la familia», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II (González Porras y Méndez González coord.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia 2004, pp. 4810.

⁶¹ Se trata, por otra parte, de una opción mayoritariamente aceptada por la sociedad española; así, en el citado Estudio núm. 2568, barómetro de junio 2004 publicado por el CIS, y ante la pregunta de si la futura Ley de Parejas de Hecho debía reconocer los mismos derechos y obligaciones que tiene los matrimonios, un 74,8 por 100 contestó afirmativamente, frente a un 17,6 por 100 que se mostró contrario a dicha equiparación.

⁶² «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *op. cit.*, p. 128.

proceder a legislar sustancialmente sobre el estatuto de las parejas de hecho. El argumento que fundamenta su afirmación está en que ello conllevaría, en última instancia, reconocer nuevas clases de matrimonio distintos del regulado en nuestro CC. Solución que sería inconstitucional, ya que Texto Fundamental sólo permite una única clase de matrimonio. Por ello, en el actual marco constitucional, sostiene este autor que la única posibilidad que tiene el legislador estatal *es reconocer a las parejas de hecho como nuevas formas de contraer matrimonio, sometiéndolas al mismo régimen jurídico de aquél*. Sólo así se respetaría el sistema matrimonial de nuestra Constitución, con una sola clase de matrimonio y una pluralidad de formas para contraerlo, entre las que se encontraría las parejas de hecho⁶³.

Sin embargo, y aun cuando esta opción se pudiera justificar en atención a que ambos modelos cumplen funciones de familia, a la misma se le puede objetar que no respeta el favor constitucional de que goza el matrimonio, al que no cabe equiparar la unión extra-matrimonial⁶⁴. En efecto, como es sabido, la Constitución española reconoce entre *los derechos y deberes de los ciudadanos* el derecho a contraer matrimonio, con la protección que le depara el artículo 53.1. Pero, como señala Valpuesta Fernández⁶⁵, supone aún más, que el matrimonio se ha constitucionalizado como una institución jurídica que debe asumir el legislador ordinario y preservar de los ataques que pudiera sufrir. Se opera así una garantía del instituto por parte del legislador constituyente que impone al constituido proceder a su regulación respetando su contenido esencial. Ello implica no sólo fijar un modelo de matrimonio que sea acorde con los valores constitucionales y las convicciones sociales imperantes, sino también garantizar su vigencia en el plano jurídico, la cual quedaría entredicho si se propiciara su obsolescencia

⁶³ En apoyo de esta solución está el hecho de que a juicio de este autor matrimonio y unión de hecho son relaciones que derivan de negocios jurídicos que tiene la misma naturaleza. Por si esto suscitara alguna duda la regulación autonómica sobre parejas de hecho han copiado los artículos 46 y 47 CC a la hora de establecer los requisitos subjetivos de la misma. Por lo que se refiere a la forma exigida para sus reconociendo en dichas leyes, existe sin duda una mayor permisividad en comparación al matrimonio. No obstante, como ya se ha señalado, determinadas normas establecen como presupuesto previo al reconocimiento de las parejas de hecho su inscripción en un Registro Público, de tal manera que cabe hablar de una inscripción registral constitutiva. Es verdad, que donde las diferencias entre matrimonio y pareja de hecho alcanzaban mayor relevancia en los supuestos de extinción o disolución. Distinción que, a nuestro juicio, ha quedado hoy muy atenuada tras la reforma llevada a cabo por la Ley Todo ello, lleva a Bercovitz a concluir que el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone en realidad nuevas clases de matrimonio, distintas del matrimonio regulado en nuestro Código Civil y, por ello, inconstitucionales.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO: «Convivencia more uxorio...», *op. cit.*, p. 1062.

⁶⁵ «La institucionalización jurídica de la pareja...», *op. cit.*, pp. 56 y 57; también PANTALEÓN PRIETO: *op. cit.*, pp. 1160 y 1161.

permitiendo que con una práctica social más favorable se alcanzara las mismas consecuencias reservadas para el matrimonio.

Desde el punto de vista institucional el matrimonio constituye un estado de la persona del que se deriva un estatuto jurídico concebido en atención a unos requisitos que se le exigen y un modelo diseñado. Estatuto jurídico que se caracteriza por un entramado de derechos y deberes entre los cónyuges que se proyectan también frente a terceros, y que tiene su sentido en el compromiso solemne de los cónyuges sobre un determinado proyecto de vida en común, que se configura en el Código Civil. De ello, se deduce, en palabras de Valpuesta, que el régimen matrimonial en toda su dimensión no es una consecuencia necesaria de toda unión de pareja, sino la configuración de un modelo querido así por el legislador ⁶⁶.

En consecuencia, traspasar sin más el régimen del matrimonio a la pareja de hecho conlleva no sólo imponerles un estatuto que ellos mismos han rechazado sino también el riesgo de crear una especie de matrimonio de segundo orden ⁶⁷, el cual no requiere celebración, ni la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente, vulnerándose de este modo toda la disciplina del contrato matrimonial, al hacerla innecesaria.

De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también es contraria a equiparar matrimonio y pareja de hecho. Así, la tantas veces citada sentencia de 11 de noviembre de 1990 (STC 184/1990), afirma que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada

⁶⁶ En parecidos términos HERNÁNDEZ RUEDA: *Tendencias actuales del Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 114, afirma que el matrimonio nace de un acuerdo de voluntades de los contrayentes, tras cumplir los requisitos solemnes legalmente establecidos, y nada de esto ocurre en las uniones de hecho. Además, una vez generado el llamado *status* matrimonial las consecuencias vienen marcadas por la Ley, no por la voluntad de las partes, como ocurre habitualmente en el caso de las parejas de hecho. Por su parte BLANCO PÉREZ-RUBIO (*op. cit.*, p. 98) señala que la convivencia de hecho no comparte con el matrimonio sus caracteres esenciales. Así, el acto con el que se da vida al matrimonio es presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un *unicum* inseparable, un estatuto que no puede modificarse en los aspectos esenciales por la autonomía privada.

⁶⁷ «Convivencia *more uxorio*...», *op. cit.*, p. 1835.

en el matrimonio. Como es sabido, partiendo de este planteamiento se ha negado la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión de hecho. Por el contrario, en la también conocida STC 222/1992, el Alto Tribunal se mostró favorable a equiparar la familia matrimonial y la no matrimonial en lo relativo al reconocimiento del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda habitual de la que era titular el conviviente fallecido⁶⁸.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta muy significativa la evolución de su doctrina en esta materia. Así, inicialmente, la ya citada Sentencia de la Sala 1.^a del TS de 22 de julio de 1993 del TS, fundándose en las considerables diferencias que existe entre ambas figuras, denegó la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes matrimoniales⁶⁹. Posteriormente, la importante STS de 10 de marzo de 1998 colma las lagunas legales existentes en relación con las uniones de hecho, en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, mediante la creación de un principio general consistente en la protección del conviviente perjudicado⁷⁰. Un paso más en esta evolución representa la STS de 27 de marzo del 2001 en la que la actora solicita el pago de una indemnización por ruptura unilateral de una convivencia *more uxorio* fundamentando su pretensión en la aplicación analógica del artículo 97 CC⁷¹. En su resolución, si bien el Tribunal invoca el ya citado principio general de protección al conviviente perjudicado por la situación

⁶⁸ El argumento, en este caso, es que el derecho de subrogación establecido en el artículo 58 LAU a favor del cónyuge que conviviera con el inquilino fallecido protege a la familia en sentido amplio, tal como la entiende el artículo 39.1 CE y no sólo a las uniones matrimoniales, ya que su *ratio legis* es el hecho de la convivencia y no la existencia de un vínculo matrimonial; sin que la diferencia de trato, por consiguiente, tenga un fundamento razonable, en atención al sistema de valores de la Constitución.

⁶⁹ STS de 30 de diciembre de 1994. Con anterioridad, también se habían pronunciado en contra de la aplicación analógica de las normas previstas en el CC para el matrimonio las SSTS de 21 de octubre y de 11 de diciembre de 1992, 11 de diciembre; de 18 de febrero y 22 de julio de 1993 o de 11 y 20 de octubre de 1994. Posteriormente también rechazan el recurso a la analogía las STS de 18 de marzo de 1995 y de 16 de diciembre de 1996.

⁷⁰ La Sala 1.^a del TS (FD 3) justifica dicha solución argumentando que se trata de una situación que es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por la ley ni, desde luego, por la costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho.

⁷¹ El Juzgado de Primera Instancia, entendiendo que se daban todos los requisitos que integran la figura del enriquecimiento sin causa fija a favor de la actora una indemnización de 10 millones de pesetas. La Audiencia por el contrario considera que «la única vía admitida por el Tribunal Supremo para conseguir una indemnización en las uniones de hecho, semejante a la pensión del artículo 97 es recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa. Pero como la actora no acudió, como fundamento de su pretensión a dicha figura, sino que solicitó la aplicación analógica del artículo 97 del CC, «no procede entrar a resolver el fondo del tal petición por razones de principio dispositivo y rogación que rige en la materia.

de hecho, como fundamento de su decisión de conceder a la actora la indemnización solicitada, afirma no obstante que «con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho» (FD 7.º). Pocos meses más tarde, en su sentencia de 5 de julio de 2001, el TS y ante un caso idéntico al anterior –reclamación de una pensión compensatoria– la Sala afirma que «Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho, y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con alguno efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así, su artículo 97 atribuye al cónyuge al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión». De no ser así, el Tribunal Supremo considera que ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista. Por ello, estima la Sala que se puede utilizar la analogía en situaciones, como en el caso enjuiciado, en la que se da el requisito de la identidad de razón, concluyendo el Tribunal que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía⁷².

Desde nuestro punto de vista, expresa muy bien la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión las afirmaciones contenidas en la STS de 17 de enero del 2003 cuando pone de manifiesto que «esta Sala ha declarado reiteradamente que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico matrimonial. Aplicando los principios generales del Derecho ha declarado la atribución de la vivienda familiar al conviviente más débil y, recientemente, ha aplicado por analogía la pensión compensatoria del artículo 97 CC. *En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar un perjuicio injusto para el más débil*»⁷³. Sin

⁷² En el mismo sentido resuelve la STS de 16 de julio de 2002.

⁷³ Si analizamos la legislación autonómica observamos que no todas ellas persiguen claramente la equiparación entre matrimonio y unión de hecho. Así, mientras las leyes de Andalucía o de Cantabria manifiestan que su finalidad extender a estas uniones afectivas los beneficios que el ordenamiento jurídico autonómico en su conjunto confiere expresa-

embargo, la STS de 12 de septiembre de 2005 supone un cambio en esa tendencia hacia una progresiva protección al conviviente perjudicado como consecuencia de la ruptura unilateral de la misma. En su FD 2.º se afirma que para el estudio de las pretensiones indemnizatorias en caso de ruptura unilateral hay que traer a colación, antes que nada, las siguientes pretensiones: a) Las que tienen como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. A falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos. Y añade que sentando esta doctrina general, se fomentaría con ello la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación legal y constitucional, por no decir francamente inconstitucionales y legales. Cuando se afirma como principio general en esta materia el del favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la protección en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la «desprotección» que jurídicamente hay que remediar?⁷⁴.

mente a las uniones matrimoniales, otras leyes, como la valenciana o la madrileña afirman en sus Preámbulos que «el matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como en el jurídico». En ambos casos el propósito del legislador autonómico no es el de equiparar en derecho y obligaciones a una y otra forma de familia sino la de ser un mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones están o pudieran sentirse discriminadas. Dicha legislación pretende pues introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de igualdad. Todo ello, además, con la suficiente flexibilidad, de modo que los preceptos de dichas leyes puedan encajar en las diferentes configuraciones legislativas que alternativamente adopte la ley civil estatal, ya sea en su configuración como unión personal civil, ya sea en su conceptualización afectiva o cuasiconyugal. Parece que con la exclusiva finalidad de poner fin a situaciones de desigualdad se publicaron también otras leyes como la de Canarias o la de el País Vasco.

⁷⁴ Acorde con esta argumentación y ante la posible aplicación analógica del artículo 97 CC, el Tribunal considera que la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Con respecto a estos rasgos definitorios de la causa de la compensación se pregunta el Tribunal hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia *more uxorio* en la que, por hipótesis, ninguno de sus miembros se obligaron o vincularon a una vida en común. A juicio de la Sala y en defecto de pacto, sólo en el supuesto de que por la vía de los «facta concludentia» se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la «pérdida de oportunidad» nos encontraríamos ante un soporte que vendría, de algún modo a sustituir el concepto de empeoramiento que ha de calificar el desequilibrio. A continuación se analizan si se dan los presupuestos para aplicar

Ciertamente como ha puesto de manifiesto la doctrina, la publicación de una ley que regulara exhaustivamente los requisitos y efectos de la convivencia *more uxorio* implicaría desnaturalizar el matrimonio, creando uno de segundo orden fuera del marco del artículo 32 Constitución Española. Con ser importante, éste no es el único obstáculo a dicha equiparación; otro argumento que apoya la distinción entre ambas figuras es su diversa configuración, ya que entre ellas existen importantes diferencias tales como la ausencia de formalidades para la constitución y disolución del matrimonio⁷⁵, no exigibles para las parejas de hecho, así como la existencia de una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges que no afecta a los convivientes de una pareja.

En otro orden de ideas se podría afirmar que es una opción legislativa válida aquélla que únicamente reconociera eficacia a los pactos suscritos entre los miembros de la pareja, pero sin establecer una regulación supletoria. Sin embargo, a esta tesis cabría objetarle que la convivencia *more uxorio* no tiene una naturaleza exclusivamente contractual, pues, entre sus miembros existe un *affectio maritalis* semejante al que está presente en el matrimonio; es más como ya se ha dicho, el legislador debe partir de la base de que está regulando un nuevo modelo de familia presente en la sociedad y en tal sentido que debe configurarla jurídicamente de forma que en las relaciones entre los sujetos que la integran estén basadas en esos principios de protección y solidaridad invocados por el Tribunal Constitucional. Atribuirle una naturaleza exclusivamente contractual no parece coherente con esa doctrina mantenida por nuestro Alto Tribunal. Otros autores como Roca⁷⁶ se pronuncian a favor de que el legislador español opte por una regulación destinada a resolver situaciones concretas, las que con más frecuencia se producen en la práctica, ofreciendo soluciones al conflicto de intereses presente en cada supuesto, de un modo semejante al matrimonio.

Desde estos planteamientos y como solución intermedia cabría defender otro modelo de regulación consistente en otorgar un estatuto mínimo a las parejas de hecho, pero sin llegar a equiparar familia matrimonial y no matrimonial. Ahora bien, ¿qué aspectos

la doctrina del enriquecimiento sin causa, la cual permitiría otorgar a la demandante una indemnización. Al respecto, hay que tener en cuenta que la sentencia dictada por la AP de Burgos confirmaba la del Juzgado de Primera Instancia atribuyendo a la demandante una indemnización de 19 millones de pesetas. El TS considerando que no se dan tales presupuestos casa y anula la sentencia de la Audiencia y deja sin efecto la indemnización que se había concedido a la actora. Analizaremos las razones aducidas por la Sala así como el Voto particular de que fue objeto más adelante.

⁷⁵ Como ya se ha señalado, es precisamente en dicho dato donde GAVIDIA: «Analogía entre matrimonio y unión libre...», *op. cit.*, p. 34, fija la diferencia fundamental entre matrimonio y unión de hecho.

⁷⁶ *Familia y cambio social...op. cit.*, p. 128.

del estatuto jurídico del matrimonio debemos trasladar a la regulación sobre parejas de hecho?

Al respecto, autores como Valpuesta Fernández⁷⁷ señalan que no todas las normas que contemplan la institución matrimonial responden a una misma finalidad: así, mientras que algunas tratan de proteger el vínculo matrimonial de modo que no podrían ser aplicable a las parejas de hecho, otras, por el contrario, aunque tengan en cuenta el matrimonio u otras relaciones familiares, sus efectos o consecuencias jurídicas se refieren al reconocimiento a sus miembros de determinados derechos sociales y consideran a los ciudadanos destinatarios últimos de tales derechos. De esta perspectiva, esta autora defiende que las normas que permiten el disfrute de derechos sociales no corresponden estrictamente a la disciplina familiar, por lo que el principio de igualdad debe presidir el tratamiento que se le depare a uno y otro modelo de familia.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista el estudio de la cuestión relativa al posible estatuto jurídico de las uniones de hecho exige distinguir dos planos muy distintos: en primer lugar, es preciso analizar la validez y eficacia de los posibles pactos suscritos por los convivientes en el que se determine el régimen jurídico de su relación o las consecuencias derivadas de la ruptura de la pareja; acuerdos que podrían versar sobre aspectos personales y/o patrimoniales de la convivencia. Y, en segundo lugar, determinar si en ausencia de un convenio de estas características, o cuando el mismo sea deficiente, es posible fijar el contenido de un régimen jurídico básico aplicable a todas las parejas. Será esta última cuestión la que abordaremos con más detenimiento; por el contrario, no analizaremos en profundidad el estudio del régimen convencional de las parejas de hecho, ya que el objeto del presente trabajo es otro. En efecto, se trata de examinar, por un lado, si en defecto de acuerdo entre los convivientes, el legislador estatal debe establecer un régimen supletorio y cual sea la extensión de éste. Por otro lado, si al margen de la voluntad de las partes, e incluso aún contra su voluntad, el legislador debe establecer un estatuto imperativo que afecte a las parejas de hecho, de forma semejante a lo que sucedió al matrimonio.

4.2.b) ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES

En una primera aproximación al tema, cabe afirmar que la existencia de acuerdos entre los miembros de una pareja que tengan por finalidad regular su convivencia, así como las consecuencias

⁷⁷ «La encrucijada de la familia...», *op. cit.*, pp. 109 y 110.

derivadas de su ruptura no deberían plantear especiales problemas; los mismos serían válidos al amparo del artículo 1255 CC, sin más límites que los contenidos en dicho precepto. Al respecto, y como pone de manifiesto Martínez de Aguirre⁷⁸, la existencia de tales pactos simplificarían buena parte de los problemas y ofrecería una respuesta rápida y eficaz a la pregunta de cual es el régimen jurídico al que someter dicha unión, al paccionado, sin más límites que los genéricos del artículo 1255⁷⁹, de forma que las reglas legales aplicables desempeñarían un papel meramente supletorio. Esta solución se presenta además como la preferida por la doctrina⁸⁰, la jurisprudencia y las recientes leyes autonómicas que regulan la materia, de tal manera que en cada uno de estos ámbitos se destaca la importancia de la autorregulación de la relación por los propios interesados⁸¹.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de tales acuerdos, sin duda nos encontramos ante un negocio jurídico de Derecho de Familia⁸²; esto es, un acto de autonomía privada dirigida a determinar el contenido de una relación jurídica.

El examen de la estructura de ese negocio familiar exige que nos detengamos, en primer lugar, en el elemento subjetivo. Como es sabido y respecto a la capacidad para contraer matrimonio, el

⁷⁸ «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 842.

⁷⁹ Por tanto, apunta este autor, quedarían fuera de tales pactos por ir en contra de tales límites los convenios en que una de las prestaciones consista en los servicios sexuales de una parte a la otra; también aquéllos en los que se subordina la convivencia a una prestación económica o los acuerdos que pudieran provocar el incumplimiento de obligaciones legales de índole familiar, o que tuvieran por objeto establecer una duración mínima de la convivencia.

⁸⁰ En el mismo sentido MARTÍN CASAL, *op. cit.*, 1880 señala que se debe buscar el reconocimiento más amplio posible a los acuerdos y convenios entre los interesados, siempre que sus disposiciones no sean ilícitas, discriminatorias o gravemente perjudiciales para uno de los convivientes. Por su parte, MESA MARRERO: *op. cit.*, pp. 82 ss., señala que la posibilidad de que los convivientes autorregulan ciertos aspectos de su relación es, sin duda, una forma adecuada para resolver los intereses de la pareja mientras dura la convivencia. Pero además, la autonomía de la voluntad en la unión de hecho se revela como un sistema aconsejable para solucionar los conflictos que puedan surgir al concluir la vida en común. También se pronuncian en favor de dichos pactos, PÉREZ UREÑA, *op. cit.*, pp. 66 ss. entre otros, GONZÁLEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 276 y ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho» *op. cit.*, p. 38, admiten igualmente dicha posibilidad aunque parece ceñirla a los pactos que versan sobre aspectos patrimoniales de la convivencia.

⁸¹ Sin embargo, y como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *ídem. op. cit.*, p. 846, razones probablemente ligadas a esa caracterización de las uniones de hecho como descomprometidas son las que explicarían que estos pactos, tan recomendados por la doctrina, buscados por la jurisprudencia y avalados por las leyes sean tan escasamente aplicados por quienes realizan una relación de convivencia extramatrimonial. Así, señala este autor que cabría hablar de la existencia, en términos generales, de una cierta contradicción, casi psicológica, entre la decisión de mantener la propia relación al margen del Derecho y la de someterla al mismo por medio de unos pactos que detallaran minuciosamente el régimen jurídico de dicha convivencia; más habitual es que se pacten las consecuencias de la ruptura, bien en el momento inicial de la relación, bien sobre todo al producirse dicha ruptura.

⁸² Véase al respecto, DIEZ-PICAZO: «El negocio jurídico de Derecho de Familia», Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 213, 1962, pp. 771-792.

Código Civil dispone que pueden contraer matrimonio no sólo los mayores de edad, también los menores emancipados en incluso los mayores de catorce años con dispensa judicial (arts. 46 y 48.2). Pero cuando se trata de establecer la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, el artículo 1329 CC establece que el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, pero necesitará el concurso y el consentimiento de sus padres o tutores salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación.

Por su parte, las diversas leyes autonómicas sobre parejas de hecho no acogen un criterio uniforme en lo relativo a la capacidad de los convivientes para regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivados de la convivencia, así como sus respectivos derechos y deberes. Sólo las Leyes de Cataluña y Aragón, ambas en su artículo 1º, restringen la posibilidad de convivir *more uxorio* a las personas mayores de edad; las restantes leyes autonómicas permiten que puedan constituir una unión de hecho tanto los mayores de edad como los menores emancipados.

De acuerdo con lo expuesto y en lo relativo a la capacidad que debe exigirse a los convivientes, nos parece que dado que dichos acuerdos pueden tener un contenido muy amplio que abarque tanto los aspectos personales como patrimoniales de su relación, el legislador debe exigir que únicamente puedan suscribirlos los mayores de edad. Lógicamente, los convivientes han de prestar su consentimiento con consciencia y libertad, aplicándose a este negocio familiar el régimen de los vicios del consentimiento previsto en el Código Civil (art. 1255).

En general, en el ámbito de los negocios jurídicos de Derecho de Familia la representación resulta inadmisibles. La razón es que para que ésta exista se precisa que el acto cuyos efectos jurídicos se van a producir en la esfera del representado lo forme, con su voluntad, el representante⁸³. Nada de esto parece que pueda suceder en los acuerdos suscritos por los convivientes, en los que es la voluntad del representado la que forma el acto de tal manera que el representante se limitaría a transmitirla; por ello, estaríamos en todo caso ante la figura del *nuntius* o mensajero, esto es, ante un mero portador de la voluntad ajena.

Con carácter previo al análisis del posible contenido de este negocio familiar, vamos a detenernos brevemente en el examen de la forma que debería revestir tales acuerdos. Al respecto, señala Díez-Picazo⁸⁴ que en el ámbito de los negocios jurídicos de Dere-

⁸³ Ídem, *op. cit.*, p. 783.

⁸⁴ Ídem, *op. cit.*, p. 784.

cho de Familia cabe hablar de un principio de solemnidad, frente al principio de libertad de forma que domina el resto del Derecho Privado; así, como es sabido, el matrimonio es un acto formal, el cual requiere además como requisito de validez la intervención de los órganos del Estado. De acuerdo con su configuración como negocio jurídico familia ¿deben los pactos de los convivientes someterse a unos requisitos de forma semejantes a los previstos para el matrimonio? Una vez más observamos que la legislación autonómica no da una respuesta única al interrogante planteado, ya que tres son las soluciones propuestas. La primera de ellas admite que dichos negocios adopten cualquiera de las formas admitidas en Derecho: oral o escrita, en documento público o privado. Responden a este modelo la Ley de Cataluña (art. 3), de las Islas Baleares (art. 4) y de Canarias (art. 4). La segunda exige que tales pactos consten en documento público o privado, de forma que parece excluirse la forma verbal; en ese sentido se pronuncian las legislaciones de Navarra (art. 5.1) y de Asturias (art. 5). Por último, el modelo mayoritariamente acogido por la legislación autonómica es aquél que atribuye a tales acuerdos un carácter formal, exigiendo que los mismos consten en escritura pública; adoptan dicha solución las Leyes de Aragón (art. 5), Valencia (art. 4), Madrid (art. 4), Extremadura (art. 6), el País Vasco (art. 5) y Cantabria (art. 8).

Desde nuestro punto de vista, el problema de la forma exige diferenciar dos aspectos. El primero se refiere a la eficacia de tales pactos en lo relativo a las relaciones personales o patrimoniales entre los convivientes. En ese ámbito interno parece lógico que dichos acuerdos sean válidos cualquiera que fuera la forma en la que se hayan celebrado. Por el contrario, si se quiere que dichos pactos accedan al Registro creado al efecto, a fin de que sean eficaces frente a terceros, debe exigirse la forma escrita y probablemente el otorgamiento de escritura pública. Por último, cabe añadir que no es posible que tales acuerdos quedaran sometidos a condición, término o modo.

4.2.b).1 Pactos entre los convivientes de contenido personal

Abordando el posible contenido de ese negocio familiar al que hemos hecho referencia, es preciso analizar, en primer lugar, la validez de aquellos acuerdos que regulen las relaciones personales entre los convivientes. La cuestión se centra, pues, en determinar si los miembros de una pareja puedan pactar y con iguales efectos el contenido personal del matrimonio previsto en los artículos 66 a 68 CC: igualdad, respeto, ayuda mutua, actuación en interés de la

familia, convivencia, fidelidad y socorro mutuo, así como compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de familiares y personas dependientes⁸⁵.

En relación con dicha cuestión, el estudio de la legislación autonómica sobre parejas de hecho nos revela que los preceptos respectivos contienen una fórmula muy general, en la que se afirma que los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, sin precisar más. No obstante, algunas de estas disposiciones expresan el disfavor con que el legislador autonómico acoge los acuerdos que tengan por finalidad regular aspectos personales de la convivencia. Así, el artículo 4.4 de la Ley de Madrid dispone que serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las Leyes, limitativo de la igualdad de derechos que corresponda a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. *Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal* o que afecten a la intimidad de los convivientes. Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Canarias afirma categóricamente que *en ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal* o atenten a la esfera de la intimidad de los convivientes. Por último, el artículo 6 de la Ley de Extremadura después de afirmar que los miembros de la pareja de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que tengan por conveniente para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, prohíbe con una precepto muy similar al ya transcrito de la legislación madrileña los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal.

De igual modo, la doctrina española se muestra en general muy reticente a admitir los pactos que regulen las relaciones personales entre los miembros de la pareja de hecho⁸⁶, limitando además su eficacia a una declaración de buenas intenciones sin relevancia jurídica. Los argumentos que se alegan para justificar esta opinión son de índole diversa⁸⁷. Desde un punto de vista dogmático, se afirma que el único cauce institucional previsto por nuestro Ordenamiento jurídico para contraer unas obligaciones que afectan tan directamente al ámbito de la libertad personal es el matrimonio;

⁸⁵ Deberes introducidos en el artículo 68 CC por la Ley 15/2005 por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁸⁶ Así MESA MARRERO: *op. cit.*, p. 89, señala que los pactos celebrados por los convivientes deben tener por objeto la reglamentación de sus intereses patrimoniales durante la convivencia. Esto supone excluir un convenio que verse sobre los aspectos personales pues se trata de relaciones que quedan fuera de la disponibilidad de las partes. En el mismo sentido se pronuncia PANTALEÓN PRIETO: *op. cit.*, p. 1160.

⁸⁷ Seguimos, en lo relativo a las objeciones que plantean tales pactos a MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, pp. 858 ss.

fuera de ese cauce no es posible contraerlos con eficacia jurídica. Con estos planteamientos Lacruz⁸⁸ sostiene que no puede mediar entre los convivientes obligaciones conyugales, las cuales únicamente pueden ser objeto del contrato matrimonial. En su opinión, sólo a través de ese contrato cabe constituir en obligación la fidelidad, la ayuda o el socorro mutuo, e incluso, el deber de respeto plantea en el matrimonio problemas distintos o impensables en cualquier otra situación. Reconoce este autor que la unión libre no excluye el respeto entre los convivientes, o la fidelidad que voluntariamente se guarden y que representa un compromiso y una obligación moral entre ellos, o la ayuda mutua; es más, lo usual que es que practiquen, al menos tendencialmente tales comportamientos, pero fuera de toda obligación y en general del campo de lo jurídico. De este modo, la promesa relativa al cumplimiento de tales deberes no sería vinculante, sirviendo únicamente de causa a la indemnización que *voluntariamente* prestase uno de los convivientes al otro por incumplimiento del contrato, en particular a la disolución de la convivencia. A juicio de este autor, sólo sería posible contratar con el conviviente prestaciones laborales de ayuda y cooperación en las que quedaría ausente el elemento personal y afectivo que connota el socorro y la ayuda mutua de los esposos⁸⁹.

La falta de eficacia jurídica de dichos pactos vendría igualmente motivada por razones de tipo funcional. Así se argumenta que puesto que es de esencia en las uniones no matrimoniales su libre disolubilidad sin necesidad de causa que lo justifique, para eludir las obligaciones contraídas mediante estos acuerdos bastaría con romper la convivencia, lo que pueden hacer los convivientes cuando quieran y *ad nutum*. De ahí que la eficacia vinculante de un compromiso que pueda ser libremente abandonado es prácticamente nula⁹⁰. En definitiva, la eficacia de tales convenios se limitarían a prever las consecuencias de un eventual ruptura de la relación; pero entonces lo regulado no sería la convivencia, sino la no-convivencia⁹¹.

⁸⁸ «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064 y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, pp. 296 ss. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PORRAS: *op. cit.*, p. 275

⁸⁹ No obstante, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 861 han de considerarse válidos y eficaces, en términos generales, los pactos sobre alimentos entre los convivientes lo cuales se configurarían como una concreción de contenido patrimonial del deber de socorro.

⁹⁰ Sin perjuicio de las matizaciones que haremos más adelante, una excepción a la falta de eficacia de tales pactos sería el que versara sobre la obligación de socorro y ayuda mutua la cual tiene como concreción patrimonial, la obligación de prestarse alimentos entre los convivientes.

⁹¹ Apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.* p. 859, que cabría intentar proporcionar juridicidad a tales deberes indirectamente, a través de pactos de contenido patrimonial dirigidos a sancionar el incumplimiento de los

Este planteamiento en torno a la validez y eficacia de los pactos suscritos por los convivientes que regulara los aspectos personales de su convivencia⁹², aun compartiéndolo, nos parece que debe ser objeto de algunas matizaciones. Así, en cuanto a la naturaleza jurídica de los deberes conyugales, cabe afirmar que éstos tienen igualmente un carácter incoercible de modo que su cumplimiento no puede ser impuesto por la fuerza, pues ello implicaría una lesión al derecho de libertad personal que ostentan los cónyuges. Pero además, tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se plantea la duda de qué tipo de sanciones genera su incumplimiento. En efecto, a tenor de la regulación contenida en la Ley de 7 de julio de 1981, la principal consecuencia del incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes del matrimonio residía en la posibilidad de ser alegado como causa de separación o divorcio, atribuyéndose la legitimación únicamente al cónyuge no infractor, lo que era considerado como una manifestación del divorcio-sanción. La citada Ley 15/2005 permite a los cónyuges solicitar la separación y el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna. Como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley, *la manifestación de voluntad de extinguir el matrimonio es motivo suficiente para la disolución del vínculo*. A juicio de un sector de la doctrina, dicha reforma legal que ha suprimido las causas de separación y divorcio ha vaciado de contenido jurídico a los deberes conyugales, que pasan a ser considerados a partir de ahora meras obligaciones de carácter moral o ético. Ello sin perjuicio de que, por ejemplo, ante la petición de custodia de los hijos o de custodia compartida pueda tener relevancia acreditar si se han incumplido tales deberes.

En definitiva, la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2005 determina que, en la práctica, el incumplimiento de los deberes conyugales produzca unas consecuencias jurídicas muy similares al incumplimiento de aquellos acuerdos entre los convivientes que tuvieran un contenido personal. Desde luego, subsiste

mismos; así, por ejemplo, una cláusula penal o cualquier otra indemnización ligada al incumplimiento de estos deberes. Pues bien, en su opinión dichos pactos serían nulos de pleno derecho porque introducen una limitación a la libertad personal que el ordenamiento sólo consiente a través del cauce matrimonial; otra razón que justificaría su ilicitud es que mediante tales pactos los deberes resultarían de mejor condición en las uniones no matrimoniales que en el matrimonio pese a que, en este último caso, son deberes de origen legal y no convencional.

⁹² Desde luego los convivientes podrían suscribir pactos que tuvieran por objeto excluir algunos de estos deberes, tales como el acuerdo que autorizara la infidelidad recíproca de los convivientes, o eximiera a los convivientes de actuar en interés de la familia o de no socorrerse o ayudarse o incluso, que derogaran entre ellos el principio de igualdad o respeto mutuo. Sin embargo, parece evidente que tales pactos serían ilícitos por contravenir los límites impuestos en el artículo 1255 CC.

una diferencia basada en la distinta configuración de una y otra forma de convivencia. El matrimonio es un acto jurídico, de tal forma que el incumplimiento de los deberes conyugales es jurídicamente relevante en el sentido que es preciso disolver formalmente el vínculo matrimonial. Frente a ello, se dice que las uniones no matrimoniales se disuelven por el mero acuerdo de uno o ambos de los convivientes.

Sin embargo, en las uniones de hecho reguladas por la legislación autonómica *cesación* de la convivencia y *extinción* no siempre coinciden, puesto que la extinción legal de la pareja exige además del cese efectivo de la convivencia conyugal (situación fáctica), que la misma tenga una duración mínima determinada, a lo que se añade, en ocasiones, la obligación de cancelar la inscripción⁹³. Si a este dato unimos la simplificación de los trámites procesales para obtener la separación o el divorcio, la consecuencia es que las notas que distinguían ambos tipos de uniones quedan aún más desdibujadas.

A modo de conclusión cabe afirmar que la validez de los acuerdos suscritos por los convivientes que tengan un contenido personal debe conectarse con la cuestión relativa a la admisión del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito⁹⁴. Como es sabido, tradicionalmente se ha limitado la eficacia de dicho principio al Derecho Patrimonial, pues la naturaleza imperativa de las normas que regulan el Derecho de Familia determina que, en su mayoría, las mismas sean indisponibles para los particulares. Sin embargo, la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 supuso claramente una ampliación de la autonomía privada en el ámbito familiar; en tal sentido ya no se discute tanto la existencia de tal principio en esta rama del Derecho como la cuestión relativa a sus límites. Lógicamente, se trata de una problemática que excede con

⁹³ Período que se fija en un año en la mayoría de las leyes (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Cataluña, Navarra). Por el contrario la legislación de Canarias Madrid, Valencia, establecen un período de seis meses. Además algunas leyes autonómicas (Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares, Asturias, Canarias, Extremadura, Cantabria) establecen que los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto la escritura pública que en su caso hubieran otorgado; por su parte, las Leyes de Valencia (art. 6.2), Asturias (art. 4.2), Extremadura (art. 5.2) o el País Vasco (art. 19) o Cantabria (art. 13) establecen que los miembros de la pareja de hecho está obligados, aunque sea separadamente, a solicitar la cancelación de la inscripción de la unión; en parecidos términos la ley madrileña (art. 6.2) dispone que la cancelación de la pareja de hecho podrá efectuarse a instancias de uno solo de los miembros. La Ley Andaluza de Parejas de Hecho, por su parte, sin precisar a instancias de quién señala que acreditada la disolución se procederá a la cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de Parejas de Hecho (art. 12.4); en parecidos términos se manifiesta el artículo 10 de la Ley de Canarias.

⁹⁴ Sobre esta cuestión véase AGUILAR RUIZ Y HORNERO MÉNDEZ: «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», Separata de *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57 (enero-marzo 2006).

creces el objeto de este trabajo. Baste, por tanto, señalar que los acuerdos suscritos por la pareja de hecho destinados a regular su convivencia no podrán sobrepasar los límites que, con carácter general, impone a la autonomía privada el artículo 1255 CC. Además, adquiere especial importancia en este ámbito el respeto a la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Por ello, no cabría admitir la validez de aquellos convenios que implicaran una situación de dependencia de uno de los convivientes respecto del otro, o una limitación de sus derechos.

En lo relativo a la eficacia de tales acuerdos, desde nuestro punto de vista el legislador debería sancionar el incumplimiento de las obligaciones de carácter personal asumidas por los convivientes en el convenio, a fin de no restarles eficacia en el plano jurídico. Ciertamente y a diferencia de lo que sucede con las obligaciones que tiene una naturaleza patrimonial, no sería posible exigir el cumplimiento *in natura*; sin embargo, su incumplimiento puede ser valorado por el juez a la hora de resolver otro tipo de reclamaciones, como la relativa a la custodia de los hijos comunes o la pretensión de una indemnización tras el cese de la convivencia.

4.2.b).2 *Pactos entre los convivientes de contenido patrimonial*

A diferencia de lo que sucedía con los acuerdos suscritos por los integrantes de una pareja de hecho destinados a regular aspectos personales de su relación, la mayor parte de la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión señala que la existencia de pactos que regulen los aspectos patrimoniales de la convivencia constituye un instrumento eficaz para solucionar los futuros conflictos que puedan surgir entre los miembros de la pareja, sobre todo en el momento de ruptura de la convivencia. Como es sabido, éste es también el criterio seguido por los Tribunales de justicia y tales pactos han sido igualmente admitidos por la legislación autonómica sobre parejas de hecho⁹⁵. En lo relativo a la extensión de los mismos, probablemente, como apunta Martínez de Aguirre⁹⁶ lo más coherente con el carácter aformal de la convivencia *more uxorio* es que se establezca un sistema de relaciones patrimoniales sencillo y ligero, limitado a resolver las cuestiones más urgentes y

⁹⁵ Artículo 3 de la Ley catalana; artículo 5 de la Ley de Aragón; artículo 5 de la Ley de Navarra; artículo 4 de la Ley valenciana; artículo 4 de la Ley de las Islas Baleares; artículo 4 de la Ley madrileña; artículo 5 de la Ley de Asturias; artículos 7 y 10 de la Ley andaluza; artículo 7 de la Ley canaria; artículo 6 de la Ley de Extremadura; artículo 5 de la ley vasca y artículo 8 de la ley de Cantabria.

⁹⁶ «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *op. cit.*, p. 873.

relevantes que se susciten desde el punto de vista patrimonial, pero sin la pretensión de establecer un régimen patrimonial global.

Respecto a cuáles podrían ser esos acuerdos concretos, la doctrina cita, entre otros, los relativos al régimen de gastos durante la convivencia, el sistema al que quedan sometidas las adquisiciones de bienes que realicen los convivientes, el otorgamiento de facultades de representación, recíprocas o no, en materia patrimonial así como su extensión y límites; reglas sobre la liquidación de la convivencia en caso de ruptura de la relación, etc.

La enumeración del posible contenido de dichos pactos nos revela que los mismos están destinados, en primer lugar, a regular las cuestiones de índole económica que pueden surgir en el seno de la pareja de hecho mientras dura la convivencia; dentro de los mismos tendrán una especial importancia los relativos al modo de contribuir a las cargas familiares, entendiendo por tal el conjunto de gastos realizados para cubrir todas las necesidades inherentes al grupo familiar, no atribuibles especialmente a alguno de sus miembros; entre dichas cargas se han de incluir los gastos originados por el sostenimiento de la familia, la alimentación, educación y asistencia médica de los miembros del grupo familiar, etc.

En segundo lugar, dichos pactos podrán tener por objeto convenios relativos al modo de liquidar la convivencia. Teniendo presente que las cuestiones que con más frecuencia se han planteado ante los Tribunales de justicia son las que se refieren a la consecuencias de la ruptura de la unión de hecho y la reclamación de uno de ellos frente a la situación planteada, es previsible que dichos acuerdos puedan contener el compromiso de no reclamar al otro el pago de una compensación económica, o establecer unos criterios que permitan fijar el importe de la misma a favor de uno o de ambos miembros de la pareja, así como la duración temporal de la misma; igualmente, también podrán llegar a acuerdos sobre el modo de distribuir los bienes en cuya adquisición hayan contribuido ambos⁹⁷.

Una vez más hay que tener presente que dicho poder de autorregulación de los convivientes no es absoluto, sino que tales pactos tendrán que respetar unos límites que podríamos agrupar en tres categorías⁹⁸: en primer lugar, tales acuerdos no podrían ir en contra de la ley, la moral o el orden público según dispone con carácter general el artículo 1255 CC; en segundo lugar, habrán de respetar los límites derivados de la proyección de los derechos fundamentales de la persona, como la libertad o igualdad de los convivientes.

⁹⁷ En el mismo sentido MESA MARRERO: *op. cit.*, p. 94.

⁹⁸ Seguimos en este punto la exposición realizada por AGUILAR RUIZ y HORNERO MÉNDEZ: *op. cit.*, pp. 22 ss., en lo relativo a los límites al poder de autorregulación de los cónyuges a la hora de elaborar pactos de renuncia previa a la pensión compensatoria.

En tercer lugar, las exigencias derivadas de la naturaleza contractual de ese tipo de pactos: consentimiento libre y voluntario, objeto y causa lícitos.

Queda una última cuestión que debe abordarse en relación con tales acuerdos y es el relativo a la forma que deben revestir y su posible eficacia frente a terceros. En principio, cabría admitir la validez de los acuerdos a los que lleguen los miembros de una pareja de hecho, cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado. Ahora bien, como señala Martínez de Aguirre⁹⁹, la forma de estos acuerdos está estrechamente ligada a su publicidad y ambas a su eficacia frente a terceros. Añade este autor que las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho en torno a esta cuestión son más que evidentes. En efecto, la publicidad de las reglas por las que se rigen los aspectos patrimoniales de un matrimonio se articula en torno a un complejo sistema del que forman parte la publicidad legal de que goza el régimen supletorio, aplicable en defecto de pacto, la exigencia de escritura pública para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC), la indicación del régimen en el Registro Civil y, en su caso, la constancia en los Registros de la Propiedad y Mercantil; de esta forma el tercero siempre puede tener acceso no sólo al régimen económico del matrimonio, sino también a otros acontecimientos influyentes sobre el vínculo que pueden afectar a dicho régimen. Nada de esto sucede respecto a los pactos suscritos por la pareja de hecho: ni hay publicidad de la situación de la convivencia, ni de los acuerdos por lo que se rige. Es más, la libre disolubilidad de la unión, sin una resolución judicial que la decreta conlleva un alto grado de inseguridad acerca de la vigencia o no del régimen pactado. Por otra parte, dichos acuerdos y a diferencia de lo que sucede en el matrimonio, no tienen acceso al Registro Civil o Mercantil; en cuanto al Registro de la Propiedad podrá acceder al mismo conforme a las reglas generales. Esto quiere decir, añade Martínez de Aguirre, que la publicidad y efectos frente a terceros de los pactos entre los convivientes se rigen por los artículos 1218 y 1227 CC¹⁰⁰. A tenor de lo dispuesto en dichos preceptos los acuerdos suscritos por la pareja de hecho serán eficaces frente a terceros mediante su elevación a escritura

⁹⁹ «Acuerdos entre los convivientes..., *op. cit.*, pp. 853 ss.

¹⁰⁰ El primero de estos artículos dispone que «Los documentos públicos hacen prueba, aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros».

Por su parte, el artículo 1227 señala que «La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio».

pública. Sin embargo, y en comparación con el matrimonio, los terceros pueden desconocer si subsisten o no tales pactos, e incluso, la unión regida por ellos. Ello determina que el déficit de publicidad conlleve un déficit de protección de los terceros.

La situación que hemos descrito en lo relativo a la dificultad de los terceros para conocer el contenido y la pervivencia de tales acuerdos implica que la ley estatal debe establecer un régimen de publicidad de tales convenios, a fin de proteger a los terceros que entran en relación con una unión de hecho.

4.2.c) REGULACIÓN APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO

4.2.c).1 *Planteamiento*

Abordaremos, a continuación, el segundo de los interrogantes planteados que tiene por objeto estudiar el posible régimen jurídico de la unión de hecho en los supuestos en que los integrantes de una pareja no suscriban ningún tipo de acuerdo. Dicha cuestión debe, a su vez, desdoblarse en dos aspectos. En el primero de ellos se pretende analizar la posibilidad de que el legislador pueda imponer a los convivientes un conjunto de derechos y deberes de contenido personal, así como la naturaleza de las normas que establecieran dicho estatuto. El segundo, por su parte, y ante la eventualidad de que los integrantes de una unión de hecho no suscribieran ningún convenio sobre el modo de regular su convivencia o las consecuencias derivadas de la ruptura, se analizará el posible contenido del régimen supletorio previsto por el legislador.

4.2.c).2 *Régimen imperativo: un estatuto personal de los convivientes*

De acuerdo con lo expuesto, analizaremos en primer lugar una cuestión que nos parece de enorme importancia cual es determinar si la ley debe establecer un conjunto de disposiciones imperativas aplicable a la pareja de hecho, semejante a la disciplina matrimonial aunque de contenido menor. Pues bien, respecto a la existencia de un posible estatuto personal de los convivientes, la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión defienden que no es posible imponer a los miembros de la pareja de hecho un conjunto de deberes similares a los que existen en el matrimonio; se argumenta, en apoyo de dicha opinión, que es necesario respetar la decisión personal de convivir sin formalizar jurídicamente su

unión, de forma que lo contrario sería someter a los interesados a unos efectos que ellos mismos han excluido¹⁰¹.

Posiblemente, lo resbaladizo del tema explique que las distintas Proposiciones de Ley sobre Parejas de Hecho no entren a regular el ámbito personal de los convivientes; o quizá la razón sea que los conflictos que en la práctica se producen afectan más bien al aspecto patrimonial¹⁰².

Desde mi punto de vista, el problema que ahora abordamos exige analizar el fundamento de los efectos personales del matrimonio, a fin de determinar si dicho fundamento estaría igualmente presente en la pareja de hecho. En tal sentido, se afirma¹⁰³ que alguno de los efectos del matrimonio son típicos del estatuto matrimonial y, por tanto, sólo serán exigibles a quienes ostentan la condición de cónyuge: eso sucede con la obligación de vivir juntos y de guardarse fidelidad. Pues bien, en relación con tales deberes es verdad que la unión de hecho tiene una naturaleza eminentemente fáctica, al estar basada en la mera convivencia, sin vínculo formal. De igual modo, esa informalidad se proyecta en el momento de su disolución; por lo tanto, podría parecer que no es acorde con la naturaleza de esta figura exigir a los miembros de la pareja el cumplimiento de dichos deberes. Sin embargo, en mi opinión, las características típicas de este modelo de convivencia determinan que el deber de vivir juntos, más que una obligación, se configura como un elemento esencial sobre el que se sustenta el concepto de unión de hecho. En efecto, según ya se ha expuesto, el primer requisito

¹⁰¹ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064, y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, p. 296. ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 36. GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio y la unión libre...», *op. cit.*, p. 40, por su parte señala que el legislador, con base a los artículos 9.2 y 39.1 CE, puede regular las uniones libres imponiendo a los convivientes un estatuto, con independencia de que éstos lo consientan. La cuestión se centra pues en determinar cuáles de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges enunciados en los artículos 67 y 68 CC requieren constitucionalmente una declaración de voluntad formal de asumirlos. En opinión de este autor mientras el deber de socorro y ayuda mutua y el de actuación en interés de la familia pueden ser impuestos a los convivientes aunque éstos no lo consientan. No así el deber de vivir juntos que no resultaría incompatible con la libre ruptura de las uniones. En lo relativo al deber de fidelidad, este autor considera que tiene poco sentido imponerlo en unas uniones que pueden excluirlo con la libre ruptura.

¹⁰² Durante la VI Legislatura, el Grupo Parlamentario Popular presentó la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil cuyo artículo 1.1 lo define como aquel en el que dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y *prestarse ayuda mutua*. En opinión de GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio...», *op. cit.*, p. 40, nota 46 los artículos 3 y 8 de la ley catalana, los artículos 5.3 y 13 de la ley aragonesa y el artículo 5.3 de la ley de Navarra imponen una serie de deberes a los convivientes aunque éstos no lo consientan. De igual modo, HERNÁNDEZ IBAÑEZ. «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña», *Actualidad Civil* 1999, pp. 584 ss, afirma que en cuanto a los efectos o relaciones personales pueden regular lo que deseen, así como sus derechos y obligaciones, que por lo tanto queda al arbitrio de lo que la pareja estable considere más adecuado para su caso.

¹⁰³ GAVIDIA: «Analogía entre el matrimonio...», *op. cit.*, p. 40.

que ha de concurrir en la pareja de hecho es precisamente la convivencia que supone la creación, por parte de los miembros de la misma, de una comunidad de vida estable y duradera. En consecuencia, si los miembros de la pareja no conviven, consecuencia natural de ese proyecto de vida común, difícilmente puede estimarse que exista una unión de hecho. En lo relativo al deber de fidelidad en cuanto deber conyugal, afirma López de la Cruz¹⁰⁴ que el mismo debe entenderse no tanto como un deber de exclusividad en las relaciones íntimas, sino como manifestación de lealtad y de confianza, que veta comportamientos ofensivos o denigrantes hacia el otro, añadiendo que la infracción de dicho deber, en sí mismo considerado, carece de consecuencias jurídicas. Pero si se concibe el matrimonio como un proyecto de vida en común entonces, la fidelidad sexual es una consecuencia de dicho proyecto. A nuestro juicio, dichas afirmaciones son igualmente válidas en la pareja de hecho y en ese sentido cabría afirmar que existe un deber de fidelidad entre los convivientes.

Por su parte, el artículo 66 del Código Civil proclama que *los cónyuges son iguales en derechos y deberes*, añadiendo el precepto siguiente que *los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente*. ¿Se pueden exigir tales deberes a los miembros de una pareja de hecho, o por el contrario, se trata de deberes típicamente matrimoniales? Desde nuestro punto de vista es evidente que, de acuerdo con los principios de protección y solidaridad que debe presidir las relaciones del grupo familiar, dichos deberes deben imponerse a los convivientes en la futura regulación legal; ello con carácter imperativo y sin posibilidad de que los miembros de una pareja lo excluyan mediante pacto. Las razones que justifican tal afirmación es que tales deberes no derivan del matrimonio, sino del texto constitucional, estando ligados a la condición de persona. ¿Y el deber de socorro y ayuda mutua? El mismo implica una estrecha colaboración entre los cónyuges en dos sentidos: contribución al sostenimiento y subsistencia de la familia y asistencia y auxilio recíprocos, de tal forma que ambos cónyuges se proporcionen las prestaciones y cuidados necesarios¹⁰⁵. Según hemos puesto de manifiesto, la mayor parte de la doctrina defiende que el mismo sólo tiene sentido cuando hay un vínculo jurídico que una a la pareja¹⁰⁶; por tanto, en defecto de pacto, no sería exigible a los convi-

¹⁰⁴ «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas», artículo pendiente de publicación en la RDP.

¹⁰⁵ LOPEZ DE LA CRUZ: *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *op. cit.*, pp. 1063 y 1064, y *Elementos de Derecho privado IV*, *op. cit.*, p. 296, y ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 36.

vientes. Aun admitiendo que aquí la solución no es tan clara como en el supuesto anterior, en la medida que dicho deber no está fundado en un precepto constitucional, dicha tesis doctrinal es, en mi opinión, discutible. A la misma se le podría objetar que la indudable calificación de familia que tiene hoy la pareja de hecho, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, justifica que defendamos que el legislador estatal debiera incluir, mientras dura la convivencia, un derecho/deber recíproco de ayuda basado igualmente en el principio de solidaridad que debe presidir las relaciones familiares, o al menos, que su inclusión en dicho estatuto mínimo una opción por la que pudiera decantarse nuestro legislador. ¿Qué argumentos sostienen esa imposición, entre los derechos y deberes de los convivientes?

A mi entender esta solución es la más coherente con el Estado social que proclama nuestra Constitución. Efectivamente, como ya se expuso al hacer referencia al marco constitucional, la asunción de la familia por las Constituciones supone una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde asimismo a la necesidad imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. En otras palabras, la familia, en cuando realidad preexistente, ha de amoldarse a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional. Pues bien, en el contexto del artículo 39 CE el Estado establece un sistema de protección a la familia cuyo fundamento está en que el individuo pueda desarrollar en ella sus derechos fundamentales y donde los particulares presten servicios asistenciales en el ámbito del grupo familiar. Es más, sabemos ya que el Tribunal Constitucional ha definido a la familia como un «marco de solidaridades y dependencias»; esto es, una relación afectiva basada en criterios de protección y solidaridad entre sus miembros. ¿Cómo defender entonces que la pareja de hecho es un modelo de familia protegida por el Estado *ex* artículo 39 CE aun cuando no exista entre sus miembros un deber recíproco de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia?

Ahora bien, como apunta Roca¹⁰⁷, la familia no tiene en sí misma un valor legal superior y distinto del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella. Por ello, los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar en la medida que dentro del mismo se cumplen unas necesidades sociales evidentes. Pero esa protección no se realiza al grupo familiar en cuanto tal, sino en tanto que permite que los respectivos individuos obtengan la satisfacción de sus intereses individuales. Desde estos planteamientos,

¹⁰⁷ «Familia, familias y derecho de familia, *op. cit.*, p. 1067 ss.

Roca afirma que la Constitución Española no coloca al grupo familiar en una posición de poder frente a sus componentes¹⁰⁸. Ello significa, que en aquellos casos en que se produce un conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último, pues, lo que se protege es el ejercicio de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de la familia. En este contexto, el llamado interés familiar se entiende únicamente como la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin que en ningún caso se pueda hablar de unos intereses específicos del grupo por encima de sus integrantes.

Somos conscientes que defender la existencia de un conjunto de normas de carácter imperativo aplicable a la pareja de hecho supone vaciar de contenido el estatuto matrimonial; sin embargo, aún más grave parece afirmar que la pareja de hecho es un nuevo tipo de familia presente en nuestra sociedad y luego no ser consecuente con dicha afirmación, pretendiendo que dicho modelo tiene una naturaleza puramente contractual en el sentido de que sus efectos serán únicamente los que establezcan los integrantes de la pareja. En definitiva, para entender que nos encontramos ante una familia merecedora de la protección del Estado lo fundamental es constatar que existe entre los sujetos que los integran unas relaciones basadas en criterios de solidaridad y protección. Ello conlleva que entre sus miembros deben existir unos deberes de ayuda mutua y de actuación en interés de la familia.

Íntimamente relacionado con la cuestión relativa a la imposición de un estatuto personal a los convivientes, en virtud del cual se imponga a sus integrantes unos deberes en los términos ya examinados está el problema de determinar las consecuencias jurídicas que generaría el incumplimiento de los mismos. Al respecto, y aún cuando nos encontramos antes deberes que tiene un fuerte contenido ético siendo imposible exigir su cumplimiento en forma específica, se trata de comportamientos que merecen una respuesta sancionadora por parte del legislador en la medida que su incumplimiento atentaría contra la dignidad de la persona. Es decir, no respetar al otro conviviente teniendo hacia él una conducta vejatoria, negarle el socorro o la ayuda en los casos en que ésta sea necesaria, o hacer prevalecer el interés propio basado en una decisión arbitraria y en contra del interés familiar genera sin duda un daño que debe ser reparado.

¹⁰⁸ Ello, en opinión de esta autora se deduce del artículo 32 CE que basa las relaciones matrimoniales en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y en el artículo 14 CC donde se establece el principio de igualdad de las personas.

A modo de conclusión, cabe señalar que nos parece conveniente, por las razones expuestas, que el legislador estatal se planteara establecer un estatuto personal de carácter imperativo que rigiera la convivencia *more uxorio*. Ahora bien, también hay que valorar como una opción posible que la futura norma, en la línea de los Proyectos de Leyes anteriores, decidiera prescindir del mismo y establecer únicamente reglas patrimoniales; en tal caso desde nuestro punto de vista nos encontraríamos ante norma incompleta en la medida que se publicaría en un momento en el que ya se ha consolidado constitucionalmente la configuración de la pareja de hecho como un nuevo modelo de familia.

4.2.c).3 Régimen supletorio

Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas y a la vista de lo expuesto en las páginas precedentes es evidente que la futura ley estatal debe reconocer, con valor de principio general, la validez de los acuerdos suscritos por los convivientes en orden a regular sus relaciones personales y patrimoniales. Las cuestiones relativas al posible contenido de dichos pactos, así como la validez y eficacia de los mismos han sido ya examinadas.

En defecto de dichos pactos, sin duda la norma debería contener un régimen supletorio. En lo relativo al alcance de la regulación prevista por el legislador estatal, ciertamente cabría plantearse si el primer aspecto que debería contemplar estas disposiciones, que tienen un valor subsidiario respecto de las previsiones de los convivientes, son las relativas al establecimiento de un conjunto de derechos y deberes de carácter personal, similares a los que existen en el matrimonio. No obstante, ya se ha dicho que la proyección de los derechos fundamentales sobre las relaciones de pareja determina que los principios de igualdad y de respeto mutuo deben imponerse a los miembros de la pareja de hecho con carácter imperativo y sin posibilidad de que sus integrantes excluyan tales deberes por medio de pacto. Por ello, el régimen supletorio debería centrarse en enumerar un conjunto de reglas de carácter patrimonial.

Dicha regulación supletoria viene exigida por el hecho de que el proyecto de vida en común que supone una convivencia *more uxorio* genera unas necesidades de los miembros de la pareja similares a las que existe en el matrimonio, tales como la vivienda, atenciones ordinarias de la familia, obligaciones para con los hijos comunes o no que convivan en el hogar familiar, etc. Como ya se ha apuntado, la regulación de tales cuestiones puede ser resuelta por los integrantes de la unión de hecho mediante pacto pero, en

ausencia de los mismos, parece que la ley general debiera prever un régimen dispositivo que fije las actuaciones básicas en este ámbito. Dicha normativa debe tener presente que estamos ante un modelo de familia y, por tanto, sus reglas deberán estar basadas en la solidaridad y ayuda mutua que caracteriza las relaciones entre los miembros de la pareja, arbitrando mecanismos que protejan los intereses de cada uno de los integrantes de la pareja, especialmente cuando alguno de ellos pudiera estimarse que se halla más necesitado de protección.

Conviene advertir, no obstante, que en ningún caso se pretende que dicha normativa sea equiparable a los preceptos del Código Civil relativos a los regímenes económicos matrimoniales. Se configuraría, más bien, como un conjunto de reglas destinadas a regular las cuestiones de índole económica que pueden surgir en el seno de la pareja de hecho mientras dura la convivencia. En segundo lugar, dichos pactos podrán tener por objeto convenios sobre el modo de liquidar ésta.

En consecuencia, mientras la unión de hecho subsiste dicha regulación tendría por finalidad principalmente delimitar no sólo qué gastos deben ser considerados comunes, sino también de la forma en que se ha de contribuir al sostenimiento de los mismos. Se pretende con ello evitar conflictos mientras subsiste la pareja. Por otra parte, el estudio de la legislación autonómica nos revela que la misma es bastante coincidente en este extremo, estableciendo que dichas normas regirán en ausencia de pacto entre los convivientes.

De acuerdo con lo expuesto, dicha normativa supletoria debería contener, al menos, los siguientes aspectos:

1.º Que los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la familia y a los gastos comunes.

2.º Se considerarán gastos comunes los necesarios para el sostenimiento de la familia incluyendo en tal concepto los hijos, comunes o no, que convivan con ellos.

3.º Se reputará como contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, así como la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente a la profesión o empresa del otro miembro.

4.º En lo relativo a la cuantía con que cada miembro de la pareja ha de contribuir a dichos gastos, dicha contribución debe ser proporcional a los ingresos de los convivientes o, en su defecto, a sus respectivos patrimonios. El argumento es que dicha solución parece la más justa y en tal sentido se recoge en la normativa autonómica.

5.º En defecto de pacto, cada conviviente conservará la propiedad, el disfrute y la administración de sus bienes así como los que adquiera durante la convivencia.

En segundo lugar, dicho régimen supletorio debería establecer un conjunto de reglas destinadas a liquidar la convivencia, una vez que se produce la ruptura de la pareja de hecho. En relación con el alcance de las mismas, el examen de la legislación autonómica nos revela que sus disposiciones en esta materia no son sino aplicaciones concretas del principio de enriquecimiento injusto, de forma que lo que se pretende es que la extinción de la vida en pareja no de lugar a un quebranto de una de las partes en comparación de la otra. Por esta razón, autores como Bercovitz¹⁰⁹ defienden que no es preciso la publicación de una ley, al ser suficiente la jurisprudencia actualmente existente, la cual aplicando dicha doctrina, ha llegado a resultados ciertamente positivos¹¹⁰. No obstante y como vamos a intentar justificar a lo largo de las líneas siguientes, dicha solución resulta insuficiente pues habrá supuestos en los que no se den los presupuestos del enriquecimiento sin causa y, sin embargo, deba reconocerse una compensación económica a uno de los convivientes. Iniciaremos nuestra argumentación con un análisis de la citada STS de 12 de septiembre de 2005, así como de los Votos Particulares que se formularon a la misma¹¹¹. A fin de resolver el

¹⁰⁹ «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁰ Así, la SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo del 2001 aceptaron como fundamento de la procedencia de la indemnización el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto. Por su parte, la STS de 17 de enero del 2003 afirma que la parte más débil es la mujer no sólo en este caso sino en todos los que han llegado a la Sala, añadiendo en el último párrafo del FD 4 que si bien no se aprecia la existencia de una comunidad, *se ha de otorgar a la demandante la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto que sin causa ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. En consecuencia, acuerda otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido durante la convivencia.* De igual modo en la STS de 17 de junio del 2003 queda acreditada una convivencia *more uxorio* durante cincuenta y tres años que se extingue por fallecimiento del varón, el cual muere intestado resultando heredero universal de sus todos sus bienes su hermana. Según se declara en el FD Tercero, la demandante se dedicó en exclusiva a la atención del conviviente fallecido y del hogar familiar prestándole total ayuda material y moral lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. Señala el Tribunal que de la composición fáctica expresada se desprende una situación de enriquecimiento injusto y considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de los que era propietario el Sr. C. De igual modo, la STS de 23 de noviembre de 2004 concede a la mujer una compensación estimada en el tercio de los bienes existentes al tiempo del fallecimiento del conviviente varón.

¹¹¹ Los hechos fueron los siguientes: el demandado tenía cincuenta y dos años de edad y la demandante cincuenta y uno. La actora era funcionaria, con la categoría de ordenanza, de la Junta de Castilla-León y además percibía una pensión de un Estado extranjero.

problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, la Sala afirma que debe aplicarse la figura del enriquecimiento injusto, el cual siempre servirá como cláusula de cierre. Sin embargo, en el caso enjuiciado se estimó que la mujer, en razón de la convivencia, no había perdido un puesto de trabajo, ni había visto disminuidas sus retribuciones. Tampoco sufría una minusvalía o enfermedad alguna. E incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio. Por ello, y en relación con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, el Tribunal Supremo entiende que en el presente caso falta el primero de ellos en la medida que no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora; la circunstancia de que la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada, no aparece como falto de causa; al contrario, según afirma la Sala el mismo obedece al acierto en el desenvolvimiento de su actividad-un servicio de ambulancias.

Concluye la Sala afirmando que ni por la técnica del enriquecimiento injusto, ni por la fuerza expansiva del Derecho que permite la aplicación del artículo 97 CC puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora por lo que procede absolver de la pretensión de indemnización realizada. Dicha sentencia fue objeto, en primer lugar, de un Voto Particular formulado por el Magistrado O'Callaghan y que se centra precisamente en la negativa a conceder la indemnización a la mujer, la cual había sido estimada por la sentencia de instancia. En el Voto formulado se afirma, en primer lugar, que respecto a las uniones de hecho la doctrina jurisprudencial ha sido reiterada y ha mantenido una unidad de criterio en su esencia,

Al tiempo de constituirse la pareja de hecho ninguno de sus miembros estaba ligado a vínculo matrimonial alguno. La convivencia duró diecinueve años y durante la misma vivieron con la pareja los dos hijos habidos por la actora con anterioridad a la unión de hecho así como el hijo común. La demandante, además de pedir la guardia y custodia del menor, solicita una pensión mensual para éste y el uso y disfrute de la vivienda familiar. Asimismo reclama que se estime disuelta la sociedad o comunidad habida y la condena al demandado a efectuar las operaciones de partición al 50 por 100. Subsidiariamente, para el caso que no se aprecie la existencia de comunidad, la demandante solicitaba el pago de un indemnización de 70 millones de pesetas por el enriquecimiento sin causa obtenido por el conviviente varón. Y, en el supuesto de que no se concedieran los pedimentos anteriores, que se le otorgue la misma cantidad como indemnización por 19 años de convivencia y los perjuicios que la ruptura le supone. El demandado formuló reconvencción solicitando la guardia y custodia del hijo menor una pensión alimenticia y el abandono inmediato de la vivienda cuya propiedad le pertenecía. El Juez de Primera Instancia además de atribuir la guardia y custodia del menor a la madre y fijar una pensión alimenticia a cargo del padre de 70.000 pesetas. Fija una indemnización a favor de la demandante de diecinueve millones de pesetas y ordena por último el abandono de la vivienda por parte de la actora. La Audiencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmó la sentencia recurrida. El TS estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto casa y anula la sentencia en lo relativo a la indemnización concedida a la demandante.

con divergencias en sus matices. Siempre, reiteradamente ha buscado evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparezca perjudicado (SSTS 10 marzo 2001, 17 de enero 2003, 23 de noviembre 2004), en el sentido de que *una persona, tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras la convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo beneficio o aumento de patrimonio que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de ellos. Aquí está el quid de la cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y este «uno de ellos» siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora.*

En las sentencias de instancia se considera que la contribución de la actora, muy prolongada en el tiempo pues ha durado 19 años, *tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficientemente se ha roto por finalización de la convivencia entre los litigantes (sentencia de primera instancia, fundamento segundo), lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar a la persona que se ha dedicado de una manera singular e intensa a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional (sentencia de segunda instancia, fundamento sexto in fine).*

Concluye el Magistrado afirmando que se deben aceptar dichos pronunciamientos. La mujer en la unión de hecho debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no le dejen al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte convivente. Y ello se basa en el principio general del conviviente perjudicado.

El segundo Voto Particular, formulado por los Magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca Trías¹¹² se centra en diferenciar, como

¹¹² El mismo fue formulado por los Magistrados Ferrándiz Gabriel y Roca Trías los cuales comienzan por afirmar que, aun reconociendo que matrimonio y unión de hecho no son situaciones iguales, consideran que en ciertos casos pueden aplicarse a la unión de hecho reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y, más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre será el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado. Añaden los citados Magistrados que el artículo 97 CC contem-

instituciones que parten de presupuestos distintos: la pensión compensatoria y el principio del enriquecimiento sin causa¹¹³. Y se añade que aunque pueden existir casos en los que la convivencia ha producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, no deben confundirse los dos institutos: La compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión no trata de compensar el aumento patrimonial experimentado por uno de los patrimonios, sino que se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura de la misma. Concurriendo estos requisitos podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 CC. En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia¹¹⁴.

Por su parte, las Leyes de Cataluña (art. 3.1), de Navarra (art. 5.3), y de las Islas Baleares (art. 4.1) acogen el criterio de atribuir a las uniones de hecho unos efectos mínimos los cuales se aplican al margen de la voluntad de las partes. En efecto, aunque tales disposiciones admiten, como principio general, que mediante pactos se regulen las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia, se añade que dichos acuerdos han de respetar el mínimo de derechos regulados, los cuáles son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. En lo relativo a cuales son esos derechos mínimos, en todos los casos y con una redacción muy similar el

pla como supuesto de hecho la realidad de la ruptura de una relación estable permitiendo, en ese reducido ámbito, afirmar la similitud relativa que justifica el método de la integración, sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas en abstracto y, normalmente en la voluntad de los propios interesados. De ahí que aplicar una regla prevista para las consecuencias de la ruptura matrimonial, como es la pensión compensatoria, no significa aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Se afirma por último que la compensación está presente en otras disposiciones del Código como el artículo 98 o el artículo 1438 CC.

¹¹³ Para que se dé la primera se exige la cesación de la convivencia, el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación ya sea matrimonial o no matrimonial y, por último, la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Por el contrario, son requisitos del enriquecimiento injustificado: primero, el aumento del patrimonio del enriquecido; segundo, el correlativo empobrecimiento del actor; tercero, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. Los requisitos del enriquecimiento difieren pues sustancialmente de los que el Código exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación

¹¹⁴ Sin embargo, y a diferencia del supuesto anterior este Voto Particular discrepa únicamente de la argumentación contenida en el sentencia en la medida que podría llevar a la interpretación de que la Sala Primera del TS usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado, siendo así que deben ser distinguidos, pero se está de acuerdo con el fallo por considerar que de las pruebas aportadas en los autos no puede deducirse que concurren los requisitos para otorgar la compensación pedida.

legislador autonómico establece dos: el primero, se refiere a la compensación económica que puede exigir aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, ha trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, siempre que por este motivo se haya generado una situación de desigualdad entre ambos patrimonios que implique un enriquecimiento injusto. El segundo tiene por objeto la pensión económica que cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar al otro, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en alguno de los casos siguientes: *a)* si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; *b)* si el cuidado de los hijos comunes a su cargo le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente (arts. 13 y 14 de la Ley de Cataluña, art. 5 de la Ley Navarra y art. 9 de la Ley de las Islas Baleares).

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, y de acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo¹¹⁵ en torno a la naturaleza de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 CC, es claro que nos encontramos no ante unos preceptos de derecho imperativo, sino de derecho dispositivo, de forma que los convivientes pueden renunciar a ellos anticipadamente, sin perjuicio del control que en su caso realizara el juez en el supuesto de que dicho acuerdo fuera denunciado por alguno de los convivientes.

Por ello, y en caso de que los integrantes de la pareja nada hubieran establecido al respecto, el legislador estatal debiera recoger dos derechos que responden a presupuestos diferentes¹¹⁶. El primero tendría por finalidad posibilitar que uno de los miembros de la pareja participara en los incrementos patrimoniales experimentados por el otro, siempre que el demandante hubiera participado en la obtención de los mismos, bien con su dedicación al hogar, bien con su colaboración en los negocios familiares.

Analógicamente a lo previsto en el artículo 97 CC, el segundo de ellos permitiría reclamar una pensión cuando tras el cese de la convivencia uno de los integrantes de la misma, debido a una serie de circunstancias a valorar por el legislador, tales como la duración de la convivencia, la edad del demandante, tener a su cargo hijos comunes, etc., experimentara, como consecuencia de la ruptura, un empeoramiento de la situación mantenida durante la convivencia¹¹⁷.

¹¹⁵ Sobre esta cuestión es significativa la STS de 2 de diciembre de 1987. Sobre el carácter dispositivo de la pensión compensatoria véase AGULAR RUIZ y HORNERO MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 11 ss.

¹¹⁶ Sobre esta cuestión véase MIQUEL, *op. cit.*, 1802-1805.

¹¹⁷ GAVIDIA: Analogía entre el matrimonio y la unión de hecho», *op. cit.*, pp. 17, 41, 60 y 72, afirma que el principio de libre ruptura de las uniones, que para este autor tiene carácter esencial impide que se pueda imponer a los convivientes prestaciones a favor del

4.2.d) RECONOCIMIENTO DE LOS LLAMADOS DERECHOS SOCIALES

Abordamos aquí la cuestión relativa a si debe incluirse dentro de la futura ley estatal el reconocimiento a los miembros de la pareja de los llamados derechos sociales. Pues bien, mucho menos problemático desde un punto de vista doctrinal resulta hoy defender que los derechos sociales deben atribuirse no sólo los que están unidos por vínculo matrimonial, sino también a los miembros de una pareja estable¹¹⁸. Ciertamente, un planteamiento diferente ha sido el adoptado por el TC el cual no ha desarrollado una línea jurisprudencial uniforme en lo relativo a equiparar matrimonio y convivencia *more uxorio* cuando se trataba del disfrute de bienes o derechos.

En efecto, en materia de pensión de viudedad la regla general contenida en el artículo 160 LGSS exigía a los beneficiarios de la pensión la condición legal de viudo en sentido estricto¹¹⁹. Basándose en dicho requisito, el TC ha negado sistemáticamente la pensión de viudedad al conviviente supérstite, por faltar el requisito de la previa existencia del vínculo matrimonial, cuando no habían contraído matrimonio una vez desaparecida la causa que se lo impedía. Sin embargo, existen opiniones que discrepan de dicha doctrina jurisprudencial y que apunta en el sentido antes expuesto: el disfrute de los derechos sociales, en la medida que responden a la idea de garantizar asistencia a las personas ante situaciones de necesidad, deben hacerse extensivo también a los miembros de una unión de hecho¹²⁰.

otro en caso de ruptura que impliquen tener que pagar algo más que el enriquecimiento que el deudor obtuvo a costa del otro y que no hubiera sido compensado de otra forma previamente; se trata de un límite impuesto al legislador y a los tribunales. Por ello se muestra contrario a reconoce a uno de los miembros de la pareja el derecho a usar la vivienda tras la separación si no hay hijos comunes (similar al art. 96 CC) o una pensión compensatoria análoga a la prevista en el artículo 97 para el matrimonio. Es más, a su juicio considera nulo en base a los artículos 6.2 y 1255 del CC, cualquier pacto entre los convivientes por el cual alguno de ellos, o ambos, asuman el compromiso de pagar al otro prestaciones para el caso que decida romper dicha unión, si los mismos implican tener que pagar más de la cifra a la que asciende el enriquecimiento injusto.

¹¹⁸ Sin embargo, en la citada encuesta mientras un 37,8 por 100 se mostraba favorable a reconocer a las parejas de hecho el derecho a la pensión de viudedad, el 50,3 por 100 se mostraba contrario a dicho reconocimiento.

¹¹⁹ No obstante, dicha regla admitía una excepción contenida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 reguladora de los procesos de separación nulidad y divorcio que permitía pedir pensiones de viudedad, basada en la mera convivencia matrimonial, a aquellos que no hubieran podido contraer matrimonio por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha pero hubieran vivido como tal, acaeciendo el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley.

¹²⁰ En la esta línea, la ya citada STC 184/1990, contiene un Voto Particular emitido por el Magistrado López Guerra quien afirma que *si las prestaciones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio, o como técnicas de protección de la institución matrimonial, no cabría duda que el*

Como es sabido, el Alto Tribunal ha mantenido una jurisprudencia contraria cuando se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad del antiguo artículo 58 LAU que, en cuanto manifestación del derecho a la vivienda, otorgaba el derecho de subrogación arrendaticia, en caso del fallecimiento del arrendatario, a favor del cónyuge, descendiente, ascendiente y hermanos que habían convivido con el difunto dos años antes de su fallecimiento. La tantas veces citada STC 222/1992, de 11 de diciembre, declara la inconstitucionalidad del artículo 58.1 con la argumentación de que la diferenciación que introduce entre el miembro superviviente de la *pareja* matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable, sino que va en contra de los fines o mandatos presentes en la norma fundamental¹²¹. En dicha sentencia se opta por preferir al conviviente por encima de los hijos pue-

legislador podría, legítimamente, excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados, y en el presente supuesto podría excluir de las pensiones previstas en el artículo 160 Ley General de la Seguridad Social a los supervivientes de uniones de hecho. Pero no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto configurar el régimen de la institución matrimonial, ni proteger tal institución: lo que prevé el artículo 41 de la Constitución es un «régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Añade el Magistrado López Guerra que la Sentencia de la que disiente viene a reconocer explícitamente que el fin de la norma en cuestión es compensar frente a un daño, y afrontar unas repercusiones económicas negativas, como son las causadas por el fallecimiento de uno de los miembros de la unión matrimonial. Pero en el supuesto de uniones estables, tal daño se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en sentido lato, una situación de necesidad, en los términos del artículo 41 CE; situación que afecta tanto al superviviente de una unión matrimonial como al de una unión de hecho. Y ello, no obstante, el artículo 160 LGSS establece una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico. Concluye, por tanto, López Guerra su argumentación afirmando que se produce una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento. Igualmente, las STC 29/1991, 31/1991 y 38/1991 de 14 de febrero contienen Votos particulares que se adhieren al contenido en la sentencia 184/1990.

¹²¹ Dicha sentencia contiene, igualmente, dos Votos Particulares de los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López quienes consideran que de la Constitución (arts. 14 y 39.1) no se deriva un derecho a la equiparación a efectos de subrogación en el contrato de arrendamiento, de la unión de hecho *more uxorio* con el matrimonio, que convierta en inconstitucional –por discriminación arbitraria y no razonable– la diferenciación establecida por el legislador en el artículo 58 LAU. Argumentan los Magistrados que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes y no puede extraerse la necesidad de equiparación de trato siempre y a todos los efectos entre familia matrimonial y extramatrimonial merced a una aplicación expansiva del principio de igualdad máxime cuando, como en el caso enjuiciado, se pretenda tal equiparación sólo en lo relativo a beneficios o ventajas que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes). Puede, por tanto, el legislador diferenciar legítimamente entre una y otra siempre que exista una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, se afirma que en nada ha vulnerado el artículo 14 CE las resoluciones judiciales al distinguir en su aplicación del artículo 58 ambas situaciones pues el diferente tratamiento ante la Ley no puede tacharse de arbitrario, irrazonable o carente de justificación atendiendo a la finalidad de la norma (que tiene un claro fundamento en la protección a la familia constituida mediante vínculo matrimonial); dicha diferencia de trato que además en nada atenta al libre desarrollo de la personalidad.

tos que estos quedaban por detrás en el orden de prelación del artículo 58¹²². La actual LAU de 24 de noviembre de 1994, en su artículo 16 ha dispuesto la subrogación *mortis causa* no sólo en favor del cónyuge supérstite, sino que ha extendido dicho beneficio a la persona que hubiera convivido en análoga relación de afectividad a la conyugal y con independencia de su orientación sexual.

De igual modo, resulta significativo que todos los Proyectos de Ley que sobre parejas de hecho han presentado los distintos Grupos Parlamentarios¹²³ propugnaran la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, a fin de que se extendiera al conviviente de hecho el derecho del cónyuge a percibir una pensión de viudedad. Por su parte, la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, reconoce el auxilio por defunción e indemnización por accidente de trabajo no sólo al cónyuge superviviente, sino también a la persona vinculada al fallecido por un contrato de unión civil; por el contrario, el derecho a una pensión para el contratante superviviente se condiciona a que hayan transcurrido tres años desde la formalización del contrato, y siempre que en el mismo se reconocieran a favor del conviviente derechos sucesorios con idéntico alcance al establecido en el Código Civil a favor del cónyuge.

Por último existe otro dato legislativo que sirve como argumento a favor del reconocimiento al miembro supérstite de una unión de hecho la pensión de viudedad. Se trata de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social. En dicho texto se reconoce al sobreviviente de una pareja de hecho no sólo el auxilio por defunción, o una indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también una pensión vitalicia de viudedad siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 174.1 de la ley. A tales efectos se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos

¹²² En la misma línea las STC 47/1993 y 155/1998; en ambos casos, tras el fallecimiento del titular del contrato, se había denegado al conviviente supérstite el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada. En estos dos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional resuelve anular las Sentencias dictadas en juicios de desahucio correspondientes.

¹²³ Así el artículo sexto de la Proposición de Ley sobre medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho se denomina «Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social», propugna el reconocimiento a las parejas de hecho de un auxilio por defunción (art. 173); de la pensión de viudedad (art. 174) y de una indemnización a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (177.3). Similar contenido tiene los artículos 9 a 12 de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista; artículos 31 a 35 de la Proposición de Ley de 10 de abril de 1997 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y los artículos 9 a 11 de la Proposición de Ley de 14 de abril del 97 presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria.

para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los Registro específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

A la vista de lo expuesto, y con el argumento de que el disfrute de los derechos sociales no es connatural al matrimonio, ni tiene por finalidad proteger la institución matrimonial, parece que carecería de justificación no extender el reconocimiento de los mismos a los miembros de la pareja de hecho, máxime cuando existe un mandato constitucional de proteger a la familia, sea ésta del tipo que sea. Sin embargo, en nuestra opinión el reconocimiento de tal derecho debe supeditarse el que se acredite un período mínimo de convivencia.

4.2.e) DERECHOS SUCESORIOS

A la pregunta de si deben reconocerse derechos sucesorios a los miembros de una pareja de hecho, la doctrina no ha dado una respuesta unánime ¹²⁴; por su parte, las leyes autonómicas han adoptado diverso criterio, pues sólo la legislación de Cataluña, respecto de las parejas homosexuales, Aragón, Navarra y Baleares concede a los convivientes derechos sucesorios en la herencia de otro.

La cuestión nos parece que debe resolverse teniendo presente, por un lado, la configuración como familia de las uniones de hecho, y por otro, si la noción de familia forma parte de la garantía institucional de la herencia, de modo que constituye un límite para el

¹²⁴ Afirma ROCA: «El régimen económico de las parejas de hecho», *op. cit.*, p. 37, que no existe ningún tipo de sucesión entre los convivientes al margen del nombramiento voluntario, como heredero o legatario. Cita esta autora la sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 310 de 1989 que entendió que no podía declararse la inconstitucionalidad de las normas del Código civil que admitían la sucesión intestada sólo entre los cónyuges por considerar que el derecho a suceder no se incluye entre los derechos fundamentales y por ello el legislador tiene una amplia libertad para configurar el derecho de sucesiones como más le convenga. A favor de su reconocimiento se muestra HERNÁNDEZ RUEDA: Tendencias actuales en el Derecho de familia, *op. cit.*, p. 120.

legislador ordinario privar de la herencia a uno de los modelos de familia presentes en la sociedad. Desde estos planteamientos y sólo en el supuesto de que no existiera una objeción, desde el punto de vista constitucional, a la falta de reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente supérstite, se podrían analizar las distintas opciones posibles, argumentando las razones que nos hacen preferir una concreta solución.

Al respecto, señala López y López¹²⁵ que la garantía institucional de la herencia lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder al individuo sobre los bienes, más allá de la muerte, de forma que sin la existencia de ese poder individual la garantía quedaría aniquilada. Como tal garantía institucional está dirigida principalmente al legislador, es preciso extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales y cuáles no. En lo que a nosotros nos interesa, señala este autor que la decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho hereditario moderno gozan de un aseguramiento constitucional tienen que ser tomada por referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: la propiedad y la familia. Respecto este último aspecto —el enlace de la garantía de la herencia con la familia— se afirma que el Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar, lo cual explica la existencia de un principio de vinculación familiar del patrimonio a la hora de la sucesión mortis causa¹²⁶. Desde estos planteamientos se afirma que, desde el instante en que la garantía institucional de la herencia supone que ha de existir siempre un ámbito de tránsito de bienes a causa de muerte entre particulares, que esos destinatarios sean familiares del causante responde a dicho principio de vinculación familiar. Sin embargo, reconoce López y López que más allá de dichas afirmaciones quedan en pie incertidumbres que afectan al entendimiento de la garantía institucional en esa vertiente de vinculación a la familia. Incertidumbres que inciden sobre la determinación de lo que resulta disponible por el legislador ordinario a la hora de configurar el Derecho de Sucesiones; así surgen preguntas tales como ¿cuál es el círculo de familiares que necesariamente

¹²⁵ «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, pp. 29 ss.

¹²⁶ En su opinión, y atendiendo siempre a lo que se ha denominado el rostro histórico del Derecho de sucesorio de nuestro país, la vinculación familiar del patrimonio hereditario incluye las siguientes cosas: *a*) La posibilidad de destinar bienes fuera del círculo familiar; *b*) la necesidad de que ciertos parientes perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (lo que llamamos legítima); *c*) la posibilidad, salvando un mínimo igualitario, de disponer dentro del círculo familiar, desiguando a los destinatarios (la mejora); *d*) en caso de que el causante no disponga de los bienes o parte de ellos vayan a un círculo parental determinado por ley (sucesión *ab intestato*); ídem, pp. 54 y 55.

han de recibir parte del as hereditario? ¿hasta dónde debe llegar, en términos de círculo familiar, el llamamiento en defecto de disposición del causante?

La dificultad de responder a tales interrogantes reside, en primer lugar, en que no existe en la Constitución española una garantía institucional de la familia¹²⁷. Hay un mandato constitucional dentro de los principios rectores de la política social y económica para la protección de la familia (art. 39), pero una garantía institucional como tal, en opinión de este autor, no se encuentra en todo el texto. En segundo lugar, el tema se complica porque utilizar cánones sociológicos comporta el peligro de una cierta arbitrariedad, máxime cuando en la sociedad española probablemente no hay una única percepción de lo que son vínculos familiares.

Teniendo presente que al legislador ordinario no le vinculan más que determinaciones de mínimos, cabría decir que el mínimo de familia que nuestra sociedad considera tal es el formado alrededor de la pareja, sus descendientes, y sus ascendientes, y tal vez de forma mucho más tenue, los hermanos de ambos integrantes de aquélla. Con estas premisas, no indiscutibles, añade López y López probablemente se podría formular la propuesta de que *más allá de los descendientes, los ascendientes y los cónyuges nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso. En lo relativo al orden de llamamiento ab intestato es posible configurar un sistema que sólo se extienda al primer grado.*

El interrogante es entonces si el legislador estatal debe equiparar la familia matrimonial y la no matrimonial en materia de derechos sucesorios, por imperativo de ese principio de vinculación familiar del patrimonio, a la hora de ordenar la sucesión *mortis causa*. Desde un punto de vista constitucional, no existe más que la garantía institucional del matrimonio y la prohibición de discriminación de los hijos por razón de su nacimiento. A ello debe añadirse que la doctrina del TC en esta materia parte de la afirmación de que matrimonio y unión de hecho no son instituciones equivalentes y, en consecuencia, uno y otro modelo de familia pueden tener un distinto nivel de protección. Es más, el reconocimiento constitucional de la institución matrimonial que se refleja en el artículo 32 de la Constitución supone una protección reforzada del matrimonio en relación con otras estructuras familiares¹²⁸.

Ciertamente, el Derecho de Sucesiones tiene un «rostro histórico», entendiendo por tal el núcleo básico que ha pervivido a lo largo de los tiempos, que para la jurisprudencia constitucional

¹²⁷ En contra GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, p. 36.

¹²⁸ Ídem, p. 37.

supone la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. A la vista de dicha definición nos parece que, hoy por hoy, sería una opción perfectamente constitucional que el legislador ordinario no atribuyera derechos sucesorios a los miembros de una pareja de hecho en la medida que la atribución de los mismos, en mi opinión, no forma parte de la vinculación familiar del patrimonio en la sucesión *mortis causa*; es decir, de ese rostro histórico del Derecho de sucesiones que el legislador ordinario debe preservar. Otra cosa que es el reconocimiento de tales derechos sea una decisión posible y legítima.

Será, por tanto, un opción del legislador incluir o no derechos sucesorios a favor del conviviente supérstite. ¿Cuál es entonces la solución más razonable? La respuesta a dicho interrogante no parece fácil. Por una lado, es evidente que la convivencia *more uxorio* representa cada vez más otro modo de constituir una familia, asentándose en la sociedad española la percepción de que es una alternativa perfectamente válida al matrimonio. Además, algunas leyes autonómicas han regulado esta cuestión en el sentido de equiparar matrimonio y pareja de hecho. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el legislador español debe mostrarse cauto en una materia que al menos en lo referente a la subsistencia y cuantía de la legítima, es hoy objeto de un fuerte debate doctrinal. Por otra parte, el no reconocimiento de derechos sucesorios nos parece la solución más coherente con la tesis de no equiparación entre matrimonio y unión de hecho, y del reconocimiento a ésta de un nivel mínimo de protección basado en unas relaciones basadas en los principios de solidaridad y protección de sus miembros. Por último, siempre existiría la posibilidad de otorgar testamento a favor del otro miembro de la unión de hecho, nombrándolo heredero o legatario.

El examen de la jurisprudencia nos revela que cuando la pareja de hecho se extingue por fallecimiento de uno de sus miembros, el TS acude a la doctrina del enriquecimiento sin causa para reconocerle una compensación al conviviente supérstite. Así, en el caso enjuiciado por la STS de 17 de junio de 2003, se había producido extinción de la unión de hecho por muerte de uno de sus miembros tras cincuenta y tres años de convivencia. Ante la ausencia de testamento se abre la sucesión intestada resultando heredera una hermana del fallecido. La actora reclama la totalidad del haber hereditario que aparece relacionado en la demanda, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de los cincuenta años de dedicación al conviviente fallecido; en su defecto, se reclama una pensión compensatoria por aplicación analógica

del artículo 97¹²⁹. Interpuesto el recurso de casación, la Sala reconoce que el fallecido llegó a formar a lo largo de su vida un importante patrimonio, mientras que ella se dedicó al cuidado y atención de la pareja, no teniendo ninguna otra ocupación de modo que al fallecer su compañero «terminó la vida familiar acomodada que había llevado, quedando en una situación de grave deterioro económico». La Sala entiende que se dan los presupuestos necesarios para aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto¹³⁰. Ello es así en la medida que se ha producido un enriquecimiento en el patrimonio del fallecido que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada. En consecuencia, fija la indemnización en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el fallecido, sin incluir los bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia.

Por su parte, en el caso enjuiciado por la STS de 23 de noviembre de 2004 los hechos fueron similares: cesación de la unión de hecho por fallecimiento del conviviente varón tras diecisiete años de convivencia. La actora solicitaba la declaración de existencia de una comunidad de bienes y en consecuencia la división del patrimonio común correspondiéndole el 50 por 100. Subsidiariamente, y en base a la acción ejercitada de enriquecimiento injusto reclamaba a los hijos del conviviente fallecido, en su calidad de herederos abintestatos, una compensación en cuantía equivalente al valor de la mitad de los bienes adquiridos constante la unión extramatrimonial. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestimaron la pretensión de la actora. El TS, por su parte, alega en el FD 2 que la cuestión clave que queda planteada es que tras una larga convivencia no puede quedar una de las partes en una situación desfavorable respecto de la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo,

¹²⁹ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara el derecho de la actora a percibir en concepto de indemnización un porcentaje del 75 por 100 de todos los bienes de que era propietario el fallecido con excepción de los bienes inmuebles ubicados en la localidad de Guardo (Palencia), que procedían de la herencia familiar. La sentencia de la Audiencia revoca la anterior y absuelve a la demandada de todos los pedimentos de la actora.

¹³⁰ Advierte la sentencia que el enriquecimiento se produce no sólo cuando hay un aumento de patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio. El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente tal situación. La causa añade la sentencia, no es otra cosa que un concepto válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado.

como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa. La sentencia del TS niega la existencia de comunidad de bienes, pero considera aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, en virtud del cual concede una compensación consistente en el tercio del valor de los bienes.

En conclusión, nos encontramos que el TS a fin de evitar que tras el cese de la unión de hecho uno de los integrantes de la pareja quede apartado de todo aumento patrimonial que se haya producido durante la misma, habiendo colaborado en la obtención de dicho beneficio a veces sólo con su trabajo doméstico y su dedicación a la familia, otras incluso mediante la colaboración en dichos negocio aplica la doctrina del enriquecimiento injusto como concepto válvula. En virtud del mismo y en relación con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del mismo estima: primero que se ha producido un incremento patrimonial que sólo beneficia a uno de los integrantes de la pareja puesto que los bienes constan exclusivamente a su nombre. Segundo, a pesar de que el otro ha contribuido a la obtención de dicho incremento patrimonial queda al margen de toda participación en los mismos. Tercero, la falta de causa se estima como carencia de razón jurídica que fundamenta tal situación. En consecuencia acudiendo al principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa concede una compensación destinado a resarcir el perjuicio experimentado por el conviviente supérstite.

Examen crítico de los fundamentos dogmáticos
y jurisprudenciales de la expromisión
y del artículo 1205 del Código Civil español
(La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las
deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad
de ciertos principios contractuales)

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ*

Profesora Contratada Doctor
Departamento de Derecho Civil
UNED

RESUMEN

La expromisión es una institución autónoma, que opera mediante el convenio suscrito entre el acreedor primitivo de un vínculo y un tercero, con diversas consecuencias y cuyos efectos pueden ser modificativos de la relación a la que afecta. Es una figura marcada por el debate sobre la sucesión singular de las deudas, el dogma de la intransmisibilidad y la mayoritaria aceptación de la modificación no extintiva, así como por la visión justinianea de la acumulación de deudores.

Los presupuestos doctrinales en que se asienta el fenómeno modificativo están atravesados por la construcción romana del dogma de la intransmisibilidad, sea para su revisión en profundidad o para su perpetuación. Por tanto, el elemento preliminar sometido a crítica es la estipulación novatoria romana.

* Este trabajo recoge buena parte del capítulo cuarto de la tesis doctoral titulada «La expromisión: el artículo 1205 del CC español», dirigida por el Profesor Carlos Lasarte Álvarez (Catedrático de Derecho Civil de la UNED), cuya lectura y defensa con mención europea tuvo lugar el día 20 de febrero de 2007, en la Facultad de Derecho de la UNED, ante un Tribunal compuesto por el Profesor Angel López y López (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla) como Presidente; Pasquale Stanzione [Profesor Ordinario de la Universidad de Salerno (Italia)]; Aida Kemelmajer de Carlucci [Profesora de la Universidad de Mendoza (Argentina)]; Alfonso Hernández-Moreno (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona) y Daniela Memmo [Profesora Ordinaria de la Universidad de Bolonia (Italia)], habiendo obtenido la máxima calificación por unanimidad y premio extraordinario.

La consecuencia directa de la transformación del personalismo y su decidido rumbo hacia el objetivismo, es la relativa aprobación de estas alteraciones pasivas producidas a instancias de un tercero. En ciertos casos, como es el del sistema español, se recurre para ello a las aportaciones doctrinales alemanas, específicamente en materia de asunción de deudas que, sumadas a otras construcciones foráneas, tienen como desenlace la aceptación mayoritaria por doctrina y jurisprudencia de la mutabilidad del vínculo.

Si a los anteriores presupuestos doctrinales se incorporan los efectos referidos, de una parte, al entendimiento de la prestación como instrumento de cooperación y, de otra, los de la declarada intención de legislador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quién sea quien la ejecute, se cierra el sistema favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco teórico –también normativo y jurisprudencial– de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, el valor de ciertos principios en la materia ya que, en particular, la figura de la expromisión se convierte en una excepción de la relatividad contractual.

ABSTRACT

The expromissio is an autonomous institution that operates by means of the agreement subscribed between the primitive creditor and a third, with diverse consequences and whose effects can modify the relationship which it affects. The figure is marked by the debate about the singular succession of the debts, the majority acceptance of the non extinctive modification, as well as for the justinianea vision of the accumulation of debtors.

The doctrinal supposition in that he settles the phenomenon modificativo are crossed by the Roman construction of the dogma of the no transmisibility, be for their deep revision or for their perpetuation. Therefore, the subjected preliminary element to criticise is the Roman novatory stipulation. The direct consequence of the transformation of the personaly and their resolved direction toward the objectivism, are the relative approval of passive alterations taken place to instances of a third. In certain cases, like that of the Spanish system, it is appealed for it to the German doctrinal contributions, specifically as regards assumption of debts that, added to other strange constructions, have like outcome in the majority acceptance for doctrine and jurisprudence of the changeability of the bond.

If to the previous doctrinal supposition they incorporate the referred effects of a part, to the understanding of the benefit like cooperation instrument and, of other, those of legislator's declared intention in favour of the execution of the obligatory relationship independently of whom executes it, he closes the favorable system to the free transferability of the obligations. It is more, the expansible force of this theoretical context -also normative and jurisprudencial- of the singular succession of the debts it ratifies, at the same time in, the value of certain principles in the matter since, the figure of the expromisión becomes an exception of the contractual relativity in particular.

PALABRAS CLAVES

Novación subjetiva pasiva; extinción y modificación de las relaciones obligatorias; delegación; expromisión; asunción de deudas; sucesión singular de las deudas.

SUMARIO: I. *Planteamiento y consideraciones preliminares: noción aproximativa de la expromissio.*—II. *El marco dogmático de la expromissio y el ciclo vital de la relación obligatoria: cuestiones terminológicas y sistemáticas:* 1. La vida intermedia de la relación con obligaciones duraderas: A) La prestación duradera; B) Las fases de la relación obligatoria: *vicenda* o vicisitudes que afectan al sujeto pasivo; 2. La transmisión de las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la titularidad: A) El artículo 1112 del CC: transmisibilidad de los derechos; B) Inaplicabilidad del precepto para el tráfico de las obligaciones; 3. Terminología y sistemática de los fenómenos sustitutivos del sujeto pasivo: A) La transmisión y la identidad del vínculo o la identidad jurídica de la relación obligatoria: precisiones terminológicas; B) Tratamiento y sistemática doctrinal de los cambios de deudor; 4. La sucesión *mortis causa* e *inter vivos* ante el dogma de la intransmisibilidad.—III. *La doctrina española ante la sucesión singular de las deudas:* 1. La evolución doctrinal y la mayoritaria aceptación de la sucesión singular de las deudas: interdependencia entre doctrina y jurisprudencia e hitos legislativos: A) De los antecedentes del debate doctrinal en España a la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones según De Diego; B) La preparación de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas: la influencia doctrinal alemana y la revisión del modelo francés; C) La admisión de la transmisibilidad del vínculo según las aportaciones de Cossío, González Palomino, Hernández Gil, Jordano Barea, García Valdecasas y García Amigo: la interdependencia entre doctrina y jurisprudencia y su inspiración en el B.G.B., el *Tratado* de Enneccerus y sus *Comentarios*; D) La evolución del pensamiento de Castán: la categoría de la transmisión de las obligaciones como fenómeno diverso de la extinción novatoria; E) La aprobación del nuevo CC italiano y la redacción del artículo 118 de la Ley Hipotecaria española como evidencias legislativas que ratifican la admisión dogmática de la transmisión de deuda; F) Roca Sastre y Puig Brutau: la relativa admisibilidad de la transmisión de las deudas; G) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 siendo ponente Bonet Ramón: el B.G.B. y la literatura alemana como fuente de la doctrina jurisprudencial; H) De Castro y las tesis de Sancho Rebullida: el cambio de deudor como *effectus iuris* de la *expromissio*. La inadmisibilidad de la transmisión de las deudas a título singular: Cristóbal Montes y Gete-Alonso Calera; I) Díez-Picazo: la pervivencia de la reglamentación en la sucesión singular de las deudas; 2. El estado de la cuestión y la susceptibilidad de la transmisión singular de las deudas por pactos *inter vivos*: otras aportaciones recientes.—IV. *La posición de las partes y sus deberes: el programa de la prestación:* 1. La patrimonialización del vínculo: la identidad del pago: A) La concepción personalista y patrimonialista del vínculo: el deber de prestación y las facultades de las partes; B) La diligencia exigible al deudor como obligación específica y personalísima que incumbe al sujeto pasivo: ausencia de consecuencias en la expromissio; C) La objetivación de las partes; 2. La realización del programa de la prestación y la prestación como instrumento de cooperación: el deber de colaboración del acreedor.—V. *Examen de la aplicabilidad de ciertos principios contractuales a la asunción espontánea de deuda:* 1. La protección de la parte más débil: A) El *favor debitoris* y el principio de protección al consumidor; B) El principio de no empeoramiento

to de la condición del deudor y su aplicación en las excepciones oponibles por el antiguo deudor al nuevo: *invito beneficium non datur*; 2. El principio de conservación de los negocios jurídicos y el de la relatividad contractual: A) El principio de conservación negocial como principio favorable al efecto acumulativo de deudores; B) El principio de relatividad del contrato: la *expromissio* como excepción a la regla. La intervención de un tercero en una obligación ajena.—VI. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES: NOCIÓN APROXIMATIVA DE LA *EXPROMISSIO*

Pese a que se quiera evitar la mera reproducción de preceptos y prefiera, como mi Maestro el Profesor Carlos Lasarte Álvarez, elegir el método exegético, lo cierto es que, razones puramente sistemáticas justifican el dictado legal de la figura objeto de estudio como presupuesto normativo previo. Y éste no es otro que el artículo 1205 del CC cuando al declarar que «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor», tipifica el procedimiento expromisorio.

Aquel tenor literal sumado a su ubicación en el capítulo IV «De la extinción de las obligaciones», sección sexta «De la novación» justifica que, siquiera sea de forma puramente nominal, la doctrina española haya configurado la *expromissio* como clase o modalidad de novación subjetiva pasiva. Esta opción y construcción ha sido revisada por la literatura más moderna que ha añadido e incorporado el estudio del artículo 1205 del CC entre las vías de modificación y transmisión de las relaciones obligatorias¹.

De los datos avanzados, como de los que se verán después, se sigue la calificación de la *expromissio* como pacto o acuerdo cuyos efectos, entre otros, pueden ser novatorios; calificación que se ajusta, con más precisión, a la naturaleza de la figura. Con todo, con-

¹ De conformidad a la interpretación más tradicional de buena parte de la doctrina, su estudio se hacía en sede de extinción de las relaciones obligatorias. Con todo, la fórmula generalizada, como luego habrá ocasión de comprobar, es la que incorpora al mencionado capítulo extintivo otro más sobre la modificación del vínculo tal y como hace ALBALADEJO GARCÍA (*vid.*, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 2002, pp. 330 y 341, respectivamente). Tratamiento que también adopta mi Maestro que, con la jurisprudencia más reciente, califica como hace el Código a la novación entre los modos extintivos, además de destacar la doble visión del artículo 1203 del CC que justifica un siguiente capítulo diferenciado y autónomo donde se ocupa de la modificación no extintiva (*vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 2, Derecho de obligaciones*, Madrid, 2007, 11.ª ed., pp. 211 y 229 ss.).

viene tener presente, desde este momento, que uno de los elementos que singularizan a la expromisión de otros pactos previstos en los artículos que el CC dedica a la *novatio*, es el que se refiere a la radical falta de relevancia jurídica del primitivo deudor, circunstancia que responde a su evolución y también concuerda con la formulación que de la figura se ha hecho por las codificaciones de nuestro entorno. En definitiva, con o sin su consentimiento tendrá que estar a las consecuencias del pacto expromisorio, que podrán suponer su liberación del primitivo acreedor o su acumulación a un nuevo deudor.

De modo que atendida la función del contrato como acuerdo capaz no sólo de crear sino, también, de alterar, modificar y extinguir relaciones obligatorias, se ha de convenir que la sustitución –o con cautelas, la acumulación– del deudor primitivo puede surgir no sólo de ciertas circunstancias especiales sino, generalmente, del pacto expromisorio². A esta interpretación del alcance del contrato compartida por la doctrina francesa y, como luego se verá, por la literalidad del nuevo Código italiano en su artículo 1321³, también se ha sumado la jurisprudencia española pudiéndose traer a colación, entre otras, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970* por cuanto declara que «la amplia definición contenida en el artículo 1254 del CC que, más bien sirve para la fijación del punto ontológico de arranque de la biología del contrato, si éste existe desde que una o varias personas “consienten en obligarse”, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, es indudable que el contrato puede nacer o, una vez perfeccionado, ampliarse, por expresa determinación de quienes lo contrajeron o por cesión de derechos o asunción de obligaciones derivadas del mismo, a otras o por otras personas»⁴.

Pues bien, este acuerdo con el que se pretende relevar al elemento pasivo original, vinculará al titular del derecho de crédito con un tercero ajeno a aquella relación preexistente. En principio, la perfección del pacto expromisorio provocará, habitualmente, la

² Con ello quiere reconocerse que el contrato «tiene como efecto el nacimiento, la modificación, la transmisión o la extinción de las obligaciones y, en su caso, de los derechos reales [...]» (vid., PLANIOL, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 7, *Obligaciones*, 2, La Habana, 1940, p. 73).

³ «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (acerca del contrato modificativo y de la adscripción de la *espromissione* a esta categoría, vid., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 43).

⁴ Afirmación también seguida por otra resolución que declara que: «Siempre que por razones especiales no se justifique la hipótesis del efecto más fuerte, lo que puede emanar bien por la modificación de la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones (contrato de modificación) (...)» (STS de 22 de noviembre de 1982).

sustitución del sujeto comprometido por un tercero que ocupará, en adelante, la posición pasiva gracias a la autorización del acreedor. El deudor relevado no es parte del acuerdo, caracterizado por tanto, por su falta de participación en dicho convenio por el que un tercero asume como propia la deuda ajena⁵.

Por cuanto se ha planteado, la *expromissio* se erige como institución autónoma que opera mediante el convenio suscrito entre el acreedor primitivo de un vínculo y un tercero, con diversas consecuencias y cuyos efectos pueden ser modificativos de la primera relación. En el caso de que el efecto sea novatorio, de conformidad al entendimiento más ortodoxo de esta fórmula extintiva, aquella relación previa pasa a ser reemplazada por una segunda *obligatio*, con la clásica interdependencia de fenómenos característica de la novación, extinguiéndose también sus accesorios. Excepcionalmente y en atención a los intereses de otros afectados, podrán subsistir ciertas obligaciones dependientes de la principal si el tercero vinculado a ellas no presta su consentimiento⁶.

Por el contrario, si los efectos del convenio expromisorio se circunscriben a una mera modificación de la relación precedente, las consecuencias jurídicas de este cambio tendrán el alcance que las partes dicten observando, preceptivamente, los intereses de terceros afectados por el pacto modificativo de conformidad a lo prevenido en el artículo 1207 del CC.

Situación distinta será la que surja a consecuencia del pacto acumulativo expreso o sobrevenido ante la falta de *animus novandi*. En estos supuestos, el sujeto activo dispone de un nuevo deudor sumado al preexistente sin que se vea relevado el sujeto pasivo primitivo. En su virtud, en este pacto expromisorio con consecuencias acumulativas, está ausente la nota característica de la liberación del deudor y se refuerza el proceso de mera modificación de la relación sin extinción subsiguiente; así que en la acumulación, como se produce una situación sobrevenida de pluralidad de deudores, habrá de convenirse con el acreedor el sistema que atienda a la

⁵ Esta falta de presencia jurídica del deudor en el convenio expromisorio, es el elemento diferenciador de otra institución muy próxima como es la *delegatio*. En general, su esencia reside en el acuerdo que media entre el antiguo deudor delegante y el nuevo deudor delegado. Si el acreedor presta su aquiescencia al cambio propuesto, el deudor delegado pasa a ocupar en su totalidad la posición jurídica del antiguo deudor. La única salvedad que permitirá al acreedor recuperar las acciones que le correspondan contra el antiguo deudor, será el caso contemplado en el artículo 1206 del CC, al decir que «la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior o pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

⁶ En este sentido, el artículo 1207 del CC, señala que «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

organización de esta pluralidad de sujetos, o, en su defecto, y con las apreciaciones que luego se verán, se aplicará la regla jurisprudencial de la solidaridad.

En cuanto a los presupuestos jurídicos para que el convenio entre un tercero ajeno a una relación jurídica de crédito y quien ocupe la posición activa surta, entre otros, los efectos prevenidos en el 1207 del CC, han de concurrir varias circunstancias básicas como una primera relación válida y eficaz en la que la conducta comprometida aún esté sin ejecutar⁷. A este requisito previo se añade el *animus novandi* o intención común en el acreedor y su futuro nuevo deudor de sustituir, extintivamente, la primera relación por la nueva⁸. Como elemento que subyace en los anteriores, se encuentra el necesario mantenimiento o la identidad de la deuda ya que, en su defecto, antes que en presencia de extinción novatoria estaríamos en una mera sucesión de contratos autónomos sin interdependencia entre sí.

En el supuesto de que se produzca la yuxtaposición de ambas relaciones —o del nuevo deudor al ya existente—, parece evidente que el ánimo novatorio no resulta del todo imprescindible o, con mayor precisión, no es exigible según su dictado clásico, tal y como sucede en el convenio cuyos efectos sean meramente modificativos. En suma, se requerirá el consentimiento válido y eficaz de las partes (acreedor y tercero) que operará, a su vez, sobre una relación preexistente, de modo que se añade otro elemento diferenciador entre el convenio expromisorio que libera al deudor y el acumulatorio que añade un nuevo deudor sin relevación del precedente, dada la ausencia específica de intención novatoria en general.

Por lo que se refiere a otra consecuencia adicional y subsiguiente del convenio, resulta imprescindible fijar que el pretendido altruismo que ha presidido el cambio del deudor puede provocar, una vez ejecutada la prestación comprometida por el nuevo deudor, el nacimiento de ciertos efectos y relaciones entre el antiguo deudor y quien le haya sustituido. Al fin y al cabo, una vez que el expromitente haya cumplido podrá pasar a ser el acreedor de quien ha sustituido, subrogándose en la posición del sujeto activo o, cuando menos, ostentando la correspondiente acción de reembolso⁹.

⁷ El artículo 1208 del CC determina que «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

⁸ Las consecuencias de su defecto, son las prevenidas en el artículo 1204 del CC, en los siguientes términos: «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

⁹ Si bien los recursos que asisten al expromitente y *solvens* serán objeto de estudio detenido en otro lugar, de momento conviene apuntar que, atendiendo al hecho de que un

Así, habrá que estar a la actitud mantenida por el antiguo deudor en el momento de la perfección del pacto entre el nuevo deudor y el acreedor ya que, en principio, dicho pacto se habrá podido suscribir sin su conocimiento y, quizá, sin su consentimiento e, incluso, contra su deseo expreso.

En síntesis, el antiguo deudor única y exclusivamente se verá liberado por el acreedor del derecho de crédito que éste ostentaba contra él, por lo que bien puede verse compelido después a reintegrar a quien ocupó su lugar el objeto de la prestación de la que fue relevado¹⁰.

Una vez plasmadas estas nociones iniciales, las líneas posteriores tendrán por objeto el análisis de los presupuestos doctrinales previos como estructura donde se asienta la *expromissio*. En definitiva, esta figura está señalada por las consecuencias del debate sobre la sucesión singular de las deudas y la mayoritaria aceptación de la modificación no extintiva –consecuencia de un proceso delegatorio o expromisorio–, así como las particulares consecuencias de la visión justiniana de la acumulación de deudores.

A su vez, los presupuestos doctrinales en que se asienta el fenómeno modificativo están atravesados por la construcción romana del dogma de la intransmisibilidad, sea para su revisión en profundidad o para su perpetuación. Por tanto, el elemento preliminar sometido a crítica es la estipulación novatoria romana, cuya consecuencia primordial era la extinción de la *prior obligatio* y su sustitución por una nueva con idéntico *debitum* que la precedente¹¹. Su

tercero puede verificar el pago, Espín declara que son tres las posibilidades que asistirán al *solvens* en función de la intención o ánimo que haya presidido la ejecución material de la prestación. Así «si no ha verificado el pago *animo donandi*, puede pedir el reembolso al deudor por medio de las acciones que se deriven de la relación existente entre ambos (la *actio mandati contraria*, si era mandatario, la *negotiorum gestorum contraria* si obró como gestor, la de *in rem versio* si el deudor se enriqueció con el pago, etc.); pero puede interesarle ejercitar las acciones que tendría el acreedor, bien por tratarse de un crédito privilegiado, bien por llevar unidas determinadas garantías; y por esto desde antiguo se pensó en hacer pasar los derechos del acreedor al *solvens*, operación que tropieza con el inconveniente de que, extinguiéndose por el pago la obligación con todos sus accesorios, no pueden ya ser transmitidos. Tales son la finalidad que persigue la subrogación y la dificultad teórica con que tropieza para realizarla» («Sobre el pago con subrogación», *RDP*, XXVI, 303, 1942, pp. 300 y 301). En este sentido también COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, 3, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1987, p. 195.

¹⁰ La aplicación analógica de las reglas previstas para el pago del tercero, permitiría sustentar que el nuevo deudor pudiera ejercitar, en su caso, la acción de reembolso o de reintegro. Por ello conviene tener presentes las vías previstas en el artículo 1158 que declara que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

¹¹ *Vid.*, d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002, 9.ª ed., pp. 425 ss., pp. 485 ss.

funcionamiento fue objeto de revisión hasta que en la fase codificadora se comienza a poner término, en mayor o menor medida, a la visión personalista de la relación obligatoria. Ante esta esencialidad del sujeto, su acusada relevancia provocaba la necesaria extinción del vínculo donde quedaba afectado alguno de sus componentes personales. Consecuencia directa de la transformación del personalismo y su decidido rumbo hacia el objetivismo es la relativa aprobación de las alteraciones pasivas producidas a instancias de un tercero. En ciertos casos, como es el del sistema español, se hace gracias a las aportaciones doctrinales alemanas, específicamente en materia de asunción de deudas que, sumadas a otras construcciones foráneas, tienen como desenlace la aceptación mayoritaria por doctrina y jurisprudencia de la mutabilidad del vínculo.

Si a los anteriores presupuestos doctrinales se incorporan los efectos referidos, de una parte, al entendimiento de la prestación como un instrumento de cooperación y, de otra, los de la declarada intención del legislador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quién sea quien la ejecute, se cierra el sistema favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco teórico –también normativo y jurisprudencial– de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, el valor de ciertos principios en la materia ya que, en particular, la figura que nos ocupa se convierte en una singular excepción de la relatividad contractual.

II. EL MARCO DOGMÁTICO DE LA *EXPROMISSIO* Y EL CICLO VITAL DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y SISTEMÁTICAS

1. LA VIDA INTERMEDIA DE LA RELACIÓN CON OBLIGACIONES DURADERAS

A) La prestación duradera

Desde que una relación nace hasta que se extingue definitivamente, sea por el efectivo cumplimiento del destino al que estaba llamada como por otros motivos, ciertos hechos pueden afectar a su desenvolvimiento. En este sentido, sus elementos pueden ser alterados, modificados y sustituidos; mutados en suma. En virtud de este fenómeno y pese a la vocación de autoextinción de los dere-

chos de crédito¹², la categoría funcional de las relaciones duraderas se configura como uno de los presupuestos básicos para el objeto de este estudio toda vez que, única y exclusivamente resultará posible el cambio de los componentes en vínculos con permanencia más o menos dilatada en el tiempo¹³.

Desde dicha perspectiva se sigue que ha de concursar una prestación de tracto sucesivo o continuo, de ejecución periódica o duradera, respectivamente¹⁴. Si se ventila un vínculo con prestaciones diversas se requerirá, cuando menos, que una de ellas sea persistente y no se agote con su simultánea creación y ejecución¹⁵. En síntesis, estamos en presencia de lo que se ha convenido en denominar «cinemática jurídica», categoría que inspira el dinamismo que preside las relaciones obligatorias¹⁶.

B) Las fases de la relación obligatoria: *vicenda* o vicisitudes que afectan al sujeto pasivo

Visto el presupuesto mayor, que no es otro que la existencia de una prestación de las características mencionadas¹⁷, conviene ocu-

¹² En definitiva, este destino natural de la relación jurídica obligatoria pone de manifiesto su tendencial transitoriedad ya que los derechos de crédito, en palabras de mi Maestro «son estructuralmente derechos transitorios y con vocación de autoextinción» (LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 11).

¹³ No cabe la alteración de los componentes de un vínculo cuya prestación sea de cumplimiento instantáneo. En síntesis, para que tenga lugar una modificación estructural que afecte a los elementos personales de una relación, es requisito preliminar que el vínculo del que se trate tenga, cuando menos, cierta perdurabilidad. Sobre otros requisitos aplicables, vid., MORETÓN SANZ, «Obligaciones novables: examen de la *expromissio* y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», *Homenaje al Prof. Cuadrado Iglesias*, Madrid, 2008.

¹⁴ Sobre esta clasificación de las obligaciones, atendido el tiempo y la duración o momento jurídico del objeto o prestación, vid., ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, cit., pp. 38 y 39; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989, p. 53; BLASCO GASCÓ, «El objeto de la obligación. La prestación», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1995, p. 100; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.^a ed., p. 186. Desde la perspectiva de la divisibilidad del programa o proyecto de la prestación, vid., Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2001, 9.^a ed., pp. 148 y 149 y en cuanto las obligaciones duraderas en sí, p. 162; GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 485 y 486; LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I*, Madrid, 2003, 3.^a ed., p. 53; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 2, cit., pp. 60 ss.; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I, Buenos Aires, 1986, pp. 429 ss.; MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales, I*, Barcelona, 1995, pp. 8 a 11; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil, II, vol. 1.º*, Madrid, 1987, pp. 14 y 15.

¹⁵ De entre las pactadas con carácter infungible.

¹⁶ Vid. BORRELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, p. 5.

¹⁷ Con todo no es cuestión sencilla calificar con exactitud la relación obligatoria tal y como se evidencia en la reforma del B.G.B. del año 2002. En este sentido, y ante la modificación del desistimiento en las relaciones de esta naturaleza se ha evidenciado que «el legislador ha renunciado a definir las relaciones obligatorias duraderas. La cuestión de

parse del marco genérico de la sustitución de los componentes o elementos personales. Por ello resulta necesaria la determinación de la fase o momento en el desarrollo de la vida de las relaciones donde se sitúan los cambios de deudor, en el entendido de que son tres las especies de vicisitudes y la del estudio es, en sentido amplio, la modificativa¹⁸.

Fueron muchos los distintos aspectos dogmáticos que afectaron a esta categoría de la vicisitud de la relación obligatoria, si bien se erige como determinante la influencia ejercida por el historicismo e idealismo alemanes. En particular, se generalizó entre la doctrina que defendía la transmisibilidad del lado pasivo, la visión de Savigny que percibe la relación jurídica como ente orgánico que nace, se desarrolla y muere. En definitiva, estas propiedades atribuidas a la relación jurídica se identifican con los «fenómenos de la vida». De este modo, se sustenta la concepción de la relación en sí como algo vivo¹⁹ inspirándose, a su vez, en el método histórico-natural²⁰.

Si aquellos esquemas dogmáticos gozaron, como se ha dicho, de una relativa fortuna entre los civilistas españoles para la elaboración doctrinal de la teoría de las obligaciones, por el contrario, fueron aplicados sin titubeos, específicamente, en el análisis de los cambios del sujeto pasivo. Este último extremo y al margen de otras consideraciones, se materializa tanto en la obra de De Diego que sitúa el marco genérico de la dinámica de las relaciones entre los fenómenos de la vida –nacimiento, modificación y extinción²¹– como en la notable influencia doctrinal que tuvieron sus enseñanzas, estableciendo los fundamentos de la consolidación y admisión de la intercambiabilidad de las obligaciones²².

cuándo estamos o no ante una relación jurídica duradera seguirá abierta en la doctrina y en la jurisprudencia» (ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.», *ADC*, LV, III, 2002, p. 1197).

¹⁸ La doctrina italiana precisa que son tres estos sucesos que afectan a la estructura del negocio. Además de la modificativa, que exige como presupuesto la previa existencia de una relación, también presentan interés la constitutiva y la extintiva (*vid.*, BISCONTINI, «Vicenda modificativa, prestazione in luogo dell'adempimento e novazione del rapporto obbligatorio», *Rassegna di diritto civile*, 1989, 2, pp. 263 ss.).

¹⁹ *Vid.* HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, «La idea del sistema en Savigny», *ARAJL*, 9, 1981, pp. 130; 144 ss. En particular, SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1876, 2.ª ed., §§ CIV ss.

²⁰ Por su parte, LARENZ estima que la relación obligatoria ha de ser considerada como un organismo, perspectiva ésta que afecta a la noción de las fórmulas extintivas y, en particular, a su desenvolvimiento, manteniéndose idéntica la relación preexistente (*vid.*, *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1958-1959, p. 389).

²¹ *Vid.* *Instituciones de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones, contratos y derecho de familia*, Madrid, 1930, p. 76.

²² Como SAVIGNY percibe a la relación como un ente con un desarrollo específico; así, «por chica y reducida que sea una institución jurídico-civil, ella tiene una estructura y vida propias especiales suya; comparadas entre sí la estructura y vida, los órganos y funciones de cada una de las instituciones que componen el organismo entero del Derecho

Con estos fundamentos se construye la tesis del evento o vicisitud del ciclo vital de la relación obligatoria que, a su vez, trae causa de las aportaciones doctrinales de Allara y Betti²³. En sentido estricto esta *vicenda* aísla, de entre las alteraciones de un vínculo, aquellas que cobren entidad suficiente y conciernan a sus elementos estructurales²⁴. A su vez, de entre estos sucesos o eventos posibles cobran relevancia los que afecten al sujeto pasivo sea para modificar, sin necesidad de extinción subsiguiente de la relación afectada, o para alterarla radicalmente provocando su extinción y posterior reemplazo por otra que la sustituya²⁵.

En síntesis, la vida intermedia de la relación se refiere al lapso entre la perfección contractual, la realización del suceso que dé lugar al nacimiento de un vínculo, y su extinción por alguna de las causas previstas en el ordenamiento jurídico. En este ciclo pueden concursar multitud de eventos capaces de alterar la relación si bien, de entre ellos, presentan interés para este estudio los que modifiquen al sujeto pasivo, siempre y cuando la alteración tenga lugar sin la participación jurídica del deudor primitivo²⁶.

civil, ¿no será posible extraer por inducción el sistema general de estructura y funcionamiento del mismo, algo así como una teoría general del Derecho civil, como una anatomía y fisiología comparadas del Derecho civil?» [*Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912, p. 13, asimismo *vid.*, la consideración organicista y el perpetuo flujo de la vida, p. 32].

²³ La expresión *vicenda* la introduciría BETTI a finales de 1929. En particular, esta modificación se refiere a cualesquiera fenómenos que alteren la relación o bien a aquellos que abran una nueva fase o, incluso, que la extingan definitivamente (*vid.*, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, pp. 185 ss.). ALLARA, por su parte, normaliza su uso unos diez años después (sobre la historia de esta idea y otras cuestiones relacionadas con las alteraciones en la relación obligatoria, *vid.*, IRTI, «Prefazione», ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, pp. 3 ss.).

²⁴ *Vid.* ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico. Corso di diritto civile. Anno Accademico 1949-1950*, Torino, 1950; *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*. Prefazione di Natalino IRTI, Torino, 1999; «Contributo alla teoria della novazione condizionale nel Diritto Civile Italiano», *Rivista di Diritto Civile*, 4, 1926, pp. 314 a 334; *Pagine di Teoria delle Vicende del Rapporto Giuridico*, a cura del Prof. Carlo SARASSO, Milano, 1983; BETTI, *Teoría General de las obligaciones*, Madrid, 1970; «Diferenza tra expromissio e delegatio», *Annuario di Diritto comparato*, I y VI, 1931, pp. 7 ss.; 577 ss.

²⁵ Este tratamiento de los cambios de deudor resulta más coherente con el sistema que aprobó el vigente Código italiano. Como se ha tenido ocasión de revisar, en él no se desarrolla técnicamente la novación subjetiva pasiva, sino únicamente la objetiva (arts. 1230 a 1234). De modo que el artículo 1235, sobre la novación subjetiva pasiva, concreta la existencia de la institución si bien se remite a las previsiones que sobre la *delegazione, espromissione y accollo* disponen, respectivamente, los artículos 1268 ss. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, pp. 289 ss.)

²⁶ En el sistema de BETTI las modificaciones, en general, se pueden referir tanto a las alteraciones, a la apertura de una nueva fase o, incluso, a la extinción de la relación en sí misma (*vid.* *Teoría general de las obligaciones*, II, *cit.*, pp. 185 ss.).

2. LA TRANSMISIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TITULARIDAD

A) El artículo 1112 del CC: Transmisibilidad de los derechos

La transmisibilidad de las relaciones obligatorias implica su capacidad y aptitud para pasar de un sujeto a otro distinto, perviviendo la esencia del vínculo y sin necesidad de que dicho cambio provoque su extinción. La sustitución del sujeto, en principio, puede darse tanto entre quienes ocupen la posición activa del derecho de crédito como entre quien o quienes ostenten la situación de deber²⁷.

Pues bien, la mencionada aptitud para la mutación del sujeto activo permaneciendo idéntica la relación, está prevista en la mayor parte de los textos codificados como también sucede en nuestro caso, específicamente, en el artículo 1112 del CC²⁸. En él se otorga carta de naturaleza a la libre transmisibilidad de los derechos nacidos de obligaciones sin mención, dicho sea de paso, sobre los derechos reales²⁹.

Cierta doctrina no ha dudado en incluir aquel precepto en la órbita de la autonomía de la voluntad privada³⁰ y con dicho funda-

²⁷ Vid. DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, cit., p. 8 e *Instituciones de Derecho civil español, II*, cit., p. 314.

²⁸ «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». En el Anteproyecto, la redacción de su inmediato precedente era el artículo 1129, que decía: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, son transmisibles con sujeción a las disposiciones de este Código». Este artículo 1129, tenía a su vez antecedente en el 1028 del Proyecto de 1851, «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, sea real o personal, son transmisibles, con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario» [vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del CC español (1882-1888)*. Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, Madrid, 1965, p. 350].

²⁹ Por su parte, en el Código vigente se recogen ciertos supuestos de transmisibilidad de pretensiones reales, como es el caso del poder de disposición del derecho censualista y la finca gravada según los términos del artículo 1617 («pueden transmitirse a título oneroso o lucrativo las fincas gravadas con censos, y lo mismo el derecho a percibir la pensión»). En este sentido, los anotadores del *Tratado* de ENNECCERUS relacionan, además, el caso de cesión de créditos hipotecarios del 1878 por cuanto declara que «el crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley». A la vista de su contenido en este caso se cede, conjuntamente, el crédito que garantiza el derecho real y la titularidad de la hipoteca (vid. ENNECCERUS Y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. I*, traducido y anotado por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.ª ed., p. 389).

³⁰ Esta interpretación es la empleada por MANRESA en sus comentarios al artículo 1112 donde desarrolla, a renglón seguido de la transmisión activa, la de las obligaciones. De modo que la sucesión singular pasiva la cohonesta con el cambio activo, con la sustitución convencional de la deuda y con la objetivación de la prestación (vid. *Comentarios al CC español, VIII, I*, Madrid, 1967, 6.ª ed., pp. 12 y 616; 340 ss.; vid. también desde idéntica perspectiva más recientemente, SANTOS BRIZ, «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC*, 6, Barcelona, 2000, pp. 171 a 173).

mento autorizan su extensión a la transmisibilidad de las deudas o del cambio modificativo del deudor³¹. Con todo, en la transmisión activa no hay objeción que impida la alteración del sujeto activo perviviendo idéntico el vínculo ya que, entre otras cuestiones, afecta de modo distinto al interés del acreedor el cambio del sujeto pasivo. De hecho, como ponía de manifiesto Huc³², la persona del acreedor tiene una importancia relativa frente a la que ofrece la persona del deudor y las cualidades que la adornan³³.

Por tanto, la mencionada aplicación extensiva de las prescripciones del artículo 1112 al supuesto de la sustitución del lado pasivo ofrece, de modo preliminar, ciertas vacilaciones ya que, al fin y al cabo, el Código contempla únicamente la transmisibilidad de los derechos. De lo dicho se sigue que si el legislador hubiera querido autorizar el libre cambio de deudor perviviendo la misma relación con distinto sujeto, lo habría hecho y la evidencia acredita que no fue así³⁴.

De modo que parece más consecuente deducir que el codificador deliberadamente esquivó la previsión de la libre transmisibilidad de las deudas³⁵, sea porque no existía consenso doctrinal entre los comisionados, sea porque las prescripciones de los artículos 1203 y siguientes resultaban lo suficientemente amplias como para permitir que el cambio de sujeto pasivo no conllevara la extinción necesaria del vínculo modificado. En este sentido, la doctrina contemporánea a la renovación del CC italiano defendió la inaplicabilidad de la autonomía de la voluntad privada como argumento

³¹ De modo incidental y con carácter de *obiter dicta*, consta el meritado artículo como una de las citas legales que sustentan la asunción de deudas. Así, «si bien reviste caracteres de negocio atípico, no obstante las referencias que el ordenamiento hace respecto a la misma –arts. 1112 del CC, 642 y 643 del mismo, con relación a las donaciones, 118 de la Ley Hipotecaria, etc.–, es perfectamente procedente» (STS de 27 de junio de 1991, en particular, de las que en la misma fecha tratan cambios de deudor, la dictada siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL).

³² Vid. *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances, tome I et II*, Paris, 1891, pp. 317 ss.

³³ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, I, 2, Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1988, 4.ª ed., pp. 401 ss. y ESPÍN, *Manual de Derecho civil español, III, Obligaciones y contratos*, Madrid, 1983, 6.ª ed., pp. 263 ss.

³⁴ Sobre la transmisión de la *facultas exigendi*, vid. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, p. 215.

³⁵ En ocasiones se ha puesto en duda no sólo su ubicación en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones sino que, incluso, se ha afirmado que lo oportuno hubiera sido dedicarlo a la transmisibilidad de las obligaciones. En este sentido, MARÍN PÉREZ afirmaba lo siguiente: «redactado como lo está el artículo 1112, no parece propio de este lugar, puesto que, como se desprende de su sola lectura, trata solamente de la transmisión de los derechos y no de la transmisibilidad de las obligaciones, que es lo que hubiera correspondido a este sitio» (SCAEVOLA, *CC. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos. Tomo XIX. Artículos 1088 a 1213. De las Obligaciones*, redactado por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1957, 2.ª ed., p. 706).

jurídico capaz de sostener la sucesión singular de las deudas ya que, en su opinión, sólo la ley podía contemplar tal y como había hecho en materia de derechos, la modificación de los sujetos de las obligaciones³⁶.

El trasfondo coincidente tanto en la transmisibilidad pasiva como en la activa es, precisamente, la interdependencia de ciertos fenómenos que se producen con la negociación del derecho de crédito en su conjunto. En este sentido si el Derecho común recupera los viejos principios del Derecho romano, por el contrario, el Derecho de los comerciantes se nutre de la práctica y, por ello, ofrece soluciones quizá no tan sólidas técnicamente pero sí con resultados y eficacia inmediatas. La clásica transmisión del crédito privado resultaba una operación harto compleja e insegura ya que afectaba a sus relaciones accesorias, de modo que se idearon mecanismos hábiles que atendiesen las necesidades del tráfico mercantil. En particular, el título-valor impide la cesión de sus garantías, ya que se recibe el crédito según el contenido objetivado en el documento³⁷. Por tanto y frente a estas novedades comerciales, el Derecho común no encontró fundamentos con que atemperar los obstáculos que para el nuevo titular implicaba la pérdida de derechos accesorios y la desaparición de las garantías.

B) Inaplicabilidad del precepto para el tráfico de las obligaciones

De modo que el artículo 1112 del CC disciplina la transmisión de los derechos o el tráfico de las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la titularidad, siendo dudoso que en él se sustente el tráfico del lado pasivo o vinculación³⁸. Albaladejo resume con contundencia, «no tiene, pues, nada que ver: Ni con la transmisión pasiva de las obligaciones o transmisión de deudas, o novación por cambio de deudor, tema que no viene a cuento ahora, porque es otra cosa (...)»³⁹. Por tanto y pese a que ambos fenómenos presen-

³⁶ Vid. NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 278 ss.

³⁷ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Los títulos-valores», en *Derecho mercantil*, 2, Barcelona, 2003, 8.ª ed., pp. 4 ss.

³⁸ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000, p. 138. Vid., GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 25 a 45; *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, pp. 236 a 245; «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC, II*, Madrid, 1993, 2.ª ed., p. 71; ÁLVAREZ JOVEN, «El fundamento de la transmisibilidad de las obligaciones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 1983, pp. 2 a 24.

³⁹ «Comentario al artículo 1.112», *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XV, 1, Madrid, 1989, p. 987.

tan evidencias y notas comunes⁴⁰, fundar en este precepto la posibilidad teórico-práctica del cambio del lado pasivo, más que afianzarla, la obstaculiza⁴¹.

Pese a todo, intermitentemente, resurge la pretensión de encontrar el fundamento común de ambas instituciones en el sistema de la transmisión del derecho de crédito. En este sentido, Santos Briz recupera la visión de Manresa y funda la posibilidad conceptual de la transmisión de las deudas en el artículo 1112 del CC. En su opinión, «no obstante el texto literal de este artículo, se admite la *asunción de deudas*, mediando el consentimiento del acreedor y sin alteración en el contenido de la deuda. Aunque la norma se refiere a la transmisibilidad de los derechos, lado activo de la relación jurídica, es obvio que muchas veces irá consigo el lado pasivo, la deuda también transmisible, ya sea la deuda específica e individual, ya la genérica que acompaña a la *jura in rem*, es decir, *erga omnes*»⁴².

Por su parte, la jurisprudencia también recurre de forma incidental a dichos argumentos y apela a ciertas categorías autónomas como la cesión de contrato o a las consecuencias que trae aparejada la transmisión o sucesión de empresa en cuyos «supuestos la nueva sociedad absorbente o resultante de la fusión lógicamente asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada; de otro modo se daría lugar a un evidente fraude que ninguna ley ampara (artículo 7 del CC). Por tanto, no cabe discutir la legalidad de la subrogación de la actora en el lugar de su antecesora y la validez de los actos otorgados por esta última, que la absorbente asumió. Así se deduce, además, de los artículos 1112, 1255 y 1258 del CC, en cuanto sería contrario a la buena fe y al orden público que en caso de absorción de una sociedad por otra, la absorbente no respondiese de las deudas y compromisos contraídos con la primera»⁴³.

En parecido sentido, a la vista de las alegaciones hechas por el cedente en un caso de cesión de contrato y teniendo en cuenta que estos últimos alegan su total desvinculación de las obligaciones dimanantes del negocio, tanto por efecto de aquella cesión del contrato cuanto por novación subjetiva en virtud del artículo 1205 del CC, el Juzgador casa y anula la Sentencia de la Audiencia toda vez que resulta evidente la falta de legitimación pasiva de los contratantes cedentes al haberse subrogado en su lugar el cesionario⁴⁴.

⁴⁰ Vid. COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, cit., p. 332.

⁴¹ En este punto tenemos que coincidir siquiera parcialmente con PACCHIONI (*vid. Diritto civile italiano. Delle obbligazioni in generale*, Milano, 1941, 3.^a ed., pp. 362 y 363).

⁴² «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC*, 6, Barcelona, 2000, pp. 171 a 173; *vid. MANRESA, op. y loc. cit.*

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1982.

Pese a estas últimas afirmaciones, se ha de convenir con buena parte de la doctrina, que con el meritado artículo 1.112 del CC, el legislador pretendió zanjar las dudas que aún pervivían acerca de la transmisión de los derechos y de sus titularidades⁴⁵.

Por tanto y empero la recogida sustentación argumental del 1112 del CC para admitir la transmisión pasiva, lo cierto es que por lo que se refiere al lado pasivo reclamaba un precepto similar y, aun así ni fue redactado ni tipificada dicha facultad o aptitud de las relaciones obligatorias. Cabe inferir, en su virtud, que el legislador no sintió la necesidad de resolver tal cuestión, remitiéndola a la novación, o bien no fue capaz de disolver a golpe normativo las dudas e incertidumbres aún no resueltas ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, como luego se verá⁴⁶. Por fin tampoco se puede olvidar que, ciertamente, la transmisión de la titularidad de créditos y deudas son fenómenos paralelos dado que, en ambos, se produce una sucesión plena en la vertiente activa o pasiva⁴⁷. En este sentido ha de entenderse la alegación recurrente al artículo 1112 y a la autonomía del 1255 del CC para construir la posibilidad fáctica de transmisión del lado pasivo⁴⁸.

3. TERMINOLOGÍA Y SISTEMÁTICA DE LOS FENÓMENOS SUSTITUTIVOS DEL SUJETO PASIVO

A) **La transmisión y la identidad del vínculo o la identidad jurídica de la relación obligatoria: precisiones terminológicas**

En este punto, ofrecen singular importancia dos formas relativamente encontradas de entender el concepto de obligación así como, en buena lógica, la evolución natural sufrida por el paso del tiempo en lo que al fundamento del vínculo obligatorio se refiere. Por su parte, según el sentido examinado al analizar la evolución de

⁴⁵ Vid. GARCÍA AMIGO, «Comentario al artículo 1112», en *Comentario del CC, II*, cit., pp. 71 y 72.

⁴⁶ Cuestión distinta es la figura de la cesión de contratos, donde se transmite la íntegra posición contractual, no aisladamente el crédito, o en su caso la deuda, sino su completa totalidad formada tanto por derechos como obligaciones pendientes (vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 3, Contratos*, Madrid, 2007, 10.^a ed. pp. 146», 9.^a ed., pp. 144 ss.). Concomitancias con el procedimiento de la *expromissio* que se circunscriben por extensión a las que resulten de la ya periclitada aplicación de la atomización de la transmisión separada de derechos y obligaciones.

⁴⁷ Vid. OERTMANN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, p. 102.

⁴⁸ En este sentido, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1950 avanza más efectos de dicha concordancia y defiende la no necesaria consecuencia extintiva, por cuanto sostiene que «tampoco significa extinción de una relación obligatoria sino modificación de la misma, por cambio de acreedor, el caso de cesión del crédito y así lo demuestran el artículo 1112 y 1526 y siguientes del CC».

la *obligatio* en Roma, su noción estaba construida como hecho subjetivo material y, en definitiva, presentaba una acusada nota de personalismo como característica representativa⁴⁹.

De otra parte, el vínculo puede ser concebido desde una perspectiva puramente objetiva —a la que se aproxima el sistema germánico— y, por tanto, con el significado más moderno y abstracto de la institución que, paulatinamente, se ve desprovista de la nota personalista que dificultaba su libre transmisibilidad⁵⁰. Por ello y como símbolo que mejor encarna dicha tendencia a la objetivación, específicamente alemana, nos hemos de detener en distintas cuestiones terminológicas referidas éstas a la multiplicidad de verbos asociados al fenómeno de la novación y empleados de forma intercambiable tanto en las resoluciones judiciales como entre la mejor doctrina y en la propia práctica comercial cotidiana.

En el caso español aquel análisis terminológico estaría incompleto si, además y a la vista de las fórmulas que rodean el fenómeno sustitutivo de la relación, no tenemos en cuenta la ascendencia del *Tratado* de ENNECCERUS entre la doctrina y jurisprudencia. Con todo tampoco conviene excederse en estas consideraciones nominalistas ya que pese a que el repertorio de verbos susceptibles de aplicación a estos casos es extenso tampoco es ilimitado. Resulta evidente que la traducción y los *Comentarios* en este campo que decimos no podían alterar radicalmente la nomenclatura que, en líneas generales ya se había instalado y era de uso ordinario.

Pues bien, consecuencia y causa recíprocas de la abstracción de la relación obligatoria, concursan ciertos hechos de interés sobre aquella que la hacen susceptible de ser transmitida y modificada sin necesidad de una simultánea extinción. Precisamente en la obra alemana, tanto ENNECCERUS como sus *Comentaristas* reservan el uso de la «modificación» a aquellos cambios que se operen sobre una relación, siempre y cuando ésta subsista. Por el contrario, la «transformación» prefieren identificarla con la clásica novación romana y, por tanto, con la extinción del vínculo y simultánea creación de otro que lo reemplaza. Por último, con la expresión «transmitir» aluden a la asunción de deuda⁵¹.

Decíamos que la obra de ENNECCERUS marcó, sin duda, la literatura jurídica española si bien su resonancia no se limitó a este ámbito sino, también, entre los miembros del Tribunal Supremo que acreditaban conocer y aceptar, en lo fundamental, el *Tratado*.

⁴⁹ Vid. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, cit., pp. 43 ss.

⁵⁰ Vid. DE DIEGO, *La transmisión de las obligaciones*, cit., pp. 63 ss. y DE BUEN, *Notas de introducción a Colin, Curso elemental de Derecho civil*, 3, cit., p. 11.

⁵¹ Por otra parte, BENREY sobre la terminología suiza, *De la cession de dettes*, Genève, 1910, p. 11.

Precisamente inspirada en los elementos que se acaban de relacionar, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1947* atestigua el manejo de sus enseñanzas.

Dice la Sentencia en cuestión que la *novatio* «comprendida por el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones, ofrece la singularidad, que la caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de *variarla, modificarla o sustituirla*⁵² por otra, y como ambas no pueden subsistir, ya que si esto ocurriera no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la *modificación altere o varíe* su esencia»⁵³, pronunciamiento jurisprudencial largamente atendido por otros sucesivos que fundaban como este último la posibilidad de la «modificación» en la lectura del artículo 1203 del CC⁵⁴.

Con un valor aproximado al de Enneccerus se ha generalizado el término de la «modificación» para amparar aquellas circunstancias que afecten a los elementos subjetivos u objetivos de un vínculo, sin sustitución del nexo al que afectan⁵⁵. De modo que la doctrina civilista contemporánea reserva tal expresión –modificar– tanto al ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y, por tanto, a aquellos hechos sobrevenidos que afecten a las circunstancias que

⁵² La cursiva es nuestra.

⁵³ La segunda edición española del Tomo II, I, se congratulaba de que ciertas resoluciones, entre las que incluía ésta que se acaba de citar, secundaban las conclusiones preconizadas sobre la materia por los anotadores en la primera edición (*vid.*, notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, con las apreciaciones de PUIG BRUTAU, en ENNECCERUS Y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., *cit.*, p. 420).

⁵⁴ Entre otras muchas, es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1962 que, por cierto, presenta la especial nota de que el Letrado del demandante resulta ser Alfonso de Cossío, reconocido experto y defensor de la libre circulación de las deudas y el Ponente Francisco BONET RAMÓN quien, como luego se verá, conocía en profundidad la obra alemana.

⁵⁵ Es el caso de ORDUÑA MORENO quien, por cierto, antepone el tratamiento de la modificación al de la extinción (*vid.* «Modificación de la obligación» y «Extinción de la obligación», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, *cit.*, pp. 285 ss.; y 299 ss., respectivamente; *vid.* también GETE-ALONSO Y CALERA, «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 303 a 319; «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pp. 365 a 384). En el caso de la obra de LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA se refunde en único capítulo tanto la extinción como la modificación, analizando en particular, la compensación, confusión, condonación y novación. En particular la «modificación» de la relación obligatoria es el «cambio o alteración de alguno o algunos de sus elementos estructurales que permite, empero, la subsistencia de la misma relación tras la alteración nos hallamos ante la misma obligación, pero modificada» (*Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, pp. 310 y 311).

rodearon la perfección de un convenio, como cualesquiera tipo de alteraciones no sustitutivas que afecten a un vínculo⁵⁶.

En todo caso, las cuestiones terminológicas, como concluyen los principales tratadistas, en ocasiones carecen de otra trascendencia que el prurito y rigor técnicos que si son exigibles tampoco pueden convertirse en protagonistas de un estudio institucional. Por ello, cabe concluir que resulta aceptable la sinonimia entre las distintas expresiones –extinguir, variar– con la particularidad de que la «alteración» es más amplia e incluye tanto los cambios extintivos como los que carezcan de este efecto⁵⁷.

Con todo, hay que destacar que el general uso de la expresión «transmisión» aplicada a las deudas es una fórmula un tanto laxa y relajada para designar este tipo de cambios⁵⁸ ya que, a fin de cuentas, implica un acto de traslación de titularidad activa encarnado en la situación de poder y, en su caso, en las facultades.

Por su parte, tampoco es especialmente afortunada la aplicación de la terminología reservada a la cesión de créditos para la «cesión de deudas» si bien tiene la fuerza expansiva de describir el efecto del procedimiento sucesorio. Por ello, esta expresión censurada en su momento por la mejor doctrina⁵⁹ presenta la ventaja de asimilarse a su expresión simétrica referida a la cesión del crédito.

⁵⁶ Por otra parte, la omisión que el Proyecto de 1836 hizo del verbo modificar, acredita la escasa influencia de esta propuesta de Código (vid. MORETÓN SANZ, *La ascunción espontánea de deduda*, cit., pp. 108 ss.).

⁵⁷ En este punto, RAGEL SÁNCHEZ prefiere el giro alterar (vid. «El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria», *ADC*, XL, III, 1987, pp. 895 a 928). Por lo que se refiere a la ubicación sistemática, comparte con la doctrina italiana la sistematización de cualesquiera alteraciones y, en particular, las subjetivas convencionales en la vida intermedia de la obligación. En todo caso, frente a la doctrina mayoritaria española que suele tratar sucesivamente la extinción y la modificación, RAGEL prefiere el tratamiento de estos extremos previo al estudio del pago o cumplimiento lo que no suele ser habitual, con la virtud de acertar en que no hay pago efectivo sino compromiso de pago por quien era ajeno a la relación alterada (vid., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Cáceres, 1997, pp. 59 ss.).

⁵⁸ En suma es una más de las múltiples fórmulas que se refieren al cambio subjetivo pasivo como modificación, novación subjetiva pasiva, sucesión de deudas a título singular, cesión de deudas, transmisión de las relaciones obligatorias o transmisión de deudas, circulación pasiva, etc. Sobre tales aspectos terminológicos, vid. PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1943, pp. 206 a 212; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, p. 297; SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, p. 394. Más recientemente, GETE-ALONSO Y CALERA, «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Madrid, 1996, p. 379; «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 307. En cuanto a los límites entre transmisión-novación subjetiva y las tensiones entre modificación simple-transmisión, vid., GARCÍA AMIGO «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 38 ss.

⁵⁹ Vid. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español, III*, cit., p. 264; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996 p. 848. Sobre la inadmisibilidad e impropiedad de la cesión aplicada a las deudas, vid.,

Así es como se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984*, cuando declara que «podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido».

De modo que si el consenso doctrinal reside en la ubicación sistemática del fenómeno modificativo entre los sucesos de interés del ciclo vital del vínculo no presenta, por el contrario, unanimidad terminológica que es dispersa y acepta distintas expresiones como modificación, alteración, cambio, transformación, todas ellas empleadas con un valor análogo⁶⁰.

Por fin y antes de pasar a otras cuestiones, también se ha de destacar el término «subrogación» que en sí mismo es un efecto de los anteriores procedimientos por lo que si, en principio, estaba reservado única y exclusivamente para la modificación en la titularidad activa, también resulta conveniente su uso para significar la sustitución u ocupación del lugar de otro sujeto sea éste pasivo u activo. Finalmente, y en cuanto a la opción de este trabajo, dado que el fundamento de la institución se encuentra en la sucesión singular de las deudas principio que, a su vez, se relaciona de forma directa con la despersonalización del vínculo y por ende con su libre transmisibilidad, parece que el más acertado es el que predica que la consecuencia del procedimiento expromisorio será la modificación de la relación obligatoria gracias a la transmisión de las deudas⁶¹.

ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, p. 297; también p. 299.

⁶⁰ La mejor doctrina española se ha hecho eco de la terminología ideada por BETTI y generalizada por ALLARA. Así, Díez-PICAZO reproduce esta idea del ciclo vital por el que atraviesa una relación obligatoria (*vid.*, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II, cit.*, pp. 791 ss.); LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, sobre la vida dinámica de la relación obligatoria (*vid.*, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, p. 310); RAGEL SÁNCHEZ, por su parte, emplea la denominación de alteración objetiva convencional, así como el de la «vida intermedia de la obligación» («El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria», *cit.*; *vid.* también *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos, cit.*). LETE DEL RÍO emplea, pese a todo, la modificación: GETE, defensora de la novación como vía extintiva, en PUIG I FERRIOL, omite extinción y prefiere la novación en el marco de la modificación. Como ella, en el mismo manual, las modificaciones sobrevenidas se refieren a las que acacen *rebus sic stantibus*.

⁶¹ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1983 resume el sentido de la evolución jurisprudencial al decir que las «expresiones [las del mandato del acreedor que acepta en nombre de su representado y ahora recurrente el cambio de deudor operado en un reconocimiento de deuda vertido en documento notarial] [...] para admitir la existencia de una novación meramente modificativa, por sucesión particular en el débito, ya sancionada por la jurisprudencia [...] relativa a la asunción de deuda, que superó la estrecha concepción del personalismo obligacional –salvo, claro está, las obligaciones contraída *intuitu personae*– y admitió la transmisión personal en la deuda al amparo del artículo 1205 del CC, ya en la forma de “delegación” (convenio entre los deudores), ya en la de “expromisión” (convenio entre el acreedor y el nuevo deudor) con la aceptación del acreedor».

B) Tratamiento y sistemática doctrinal de los cambios de deudor

Por otra parte, el tratamiento sistemático con que la doctrina aborda el análisis de la materia está relativamente asimilado a la obra alemana. Empero se puede avanzar que los cambios de deudor producidos a consecuencia de la expromisión habitualmente forman parte, en principio, de la teoría general de la obligación –en ocasiones, también en sede de contratos el que tenga por objeto la asunción de deuda– pese a que su estudio no presenta un patrón único y suele encontrarse disperso entre la novación como vía de extinción y las causas modificativas de la relación obligatoria. Con todo, el sistema preferente es el análisis separado de la extinción y la modificación de las relaciones obligatorias como fenómenos de base común y consecuencias diferentes, tratando en primer lugar la novación como vía extintiva y en capítulo posterior las fórmulas transmisivas o, invirtiendo el orden de estos dos capítulos.

En este punto, la elección adoptada con diligencia por Castán Tobeñas atendiendo a la evidencia jurisprudencial de la modificación no extintiva⁶², consiste en que la novación se ventila en sede de extinción de las relaciones obligatorias y, en subsección distinta, la transmisión de los vínculos jurídico-obligatorios⁶³. En su obra, el capítulo sobre la «transmisibilidad de las obligaciones desde el lado activo y el pasivo. Asunción de deudas y cesión de créditos. La cesión del contrato», se antepone al de los dedicados a las causas extintivas de las obligaciones⁶⁴.

Este estudio separado del fenómeno de la modificación y la extinción, tratando previamente el sistema de transmisión sin extinción es seguido también por otro importante sector doctrinal debiéndose destacar por sus aportaciones en la materia específica que nos ocupa a García Amigo, quien abundando en los argumentos de otro de sus estudios sobre la cesión de créditos prefiere abordar, como hizo Castán, en primer lugar la asunción de deudas y en ella, con la jurisprudencia mayoritaria, entiende la expromisión como aquella novación subjetiva pasiva distinta de la asunción de deuda como convenio meramente modificativo. Además y siguiendo la doctrina tradicio-

⁶² Ésta es una de las evidencias del fructífero intercambio entre la magistratura y la investigación jurídicas. Así entre el 12 de septiembre de 1945 y el 2 de diciembre de 1967, CASTÁN TOBEÑAS ostentó la Presidencia del Tribunal Supremo (*vid. MEDINA DE LEMUS, El Derecho Civil Español en los últimos cincuenta años*, Madrid, 2000, p. 44).

⁶³ En líneas posteriores se hará mención expresa de las resoluciones que estiman aceptable las modificaciones no extintivas pronunciadas ocupando la Presidencia del Alto Tribunal.

⁶⁴ *Vid. Derecho civil español, común y foral, III, Derecho de obligaciones, cit.*, pp. 364 ss.

nal, califica a la novación extintiva como otra de las formas o causas de extinción de las relaciones obligatorias⁶⁵.

En definitiva, tuvo consecuencias la elección de Castán Tobeñas cuando al sistematizar la teoría de las relaciones obligatorias y antes de estudiar sus causas de extinción, previamente analiza su aptitud para ser transmitidas; por tanto la expromisión es objeto de estudio en sede de transmisión y además en el capítulo dedicado al estudio de las clásicas fuentes de extinción previstas por el artículo 1156, generalizándose así el tratamiento diferenciado entre modificar y extinguir⁶⁶.

En general hay cierto consenso en deslindar el fenómeno extintivo del modificativo. Ésta es la fórmula elegida por mi Maestro en cuanto prefiere analizar en primer lugar la novación como causa extintiva seguida en capítulo específico, de la modificación. Por tanto, la doctrina más moderna suele anteponer el análisis de la extinción de las obligaciones al de las modificaciones que afecten al vínculo. En este punto, mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez integra el régimen de la cesión y la subrogación del crédito, el pago con subrogación, con los cambios de deudor o transmisión de deudas, poniendo punto final a estos aspectos con el estudio de la situación que afecta a la alteración total de la posición contractual encarnada en la cesión del contrato⁶⁷.

Ésta fue también la opción sistemática adoptada en la obra de Espín Cánovas, distinción hecha por razón del elemento que se altera⁶⁸, caracterizando la expromisión como uno de los dos modos

⁶⁵ Vid. *Lecciones de Derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 566 ss. y 576 y 634. ORDUÑA MORENO al ocuparse de la modificación de la obligación recoge la vía concretada en el convenio expromisorio susceptible de producir la acumulación o la novación además de reproducir, en sede extinción de la obligación, las causas tradicionales como la novación subjetiva pasiva [vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1998, 3.ª ed., p. 297]. OSSORIO MORALES Y OSSORIO SERRANO, por su parte, disocian también el tratamiento de la asunción modificativa de la novación subjetiva, esta última como causa de extinción de las obligaciones [vid. MORENO QUESADA (Coord.), *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Valencia, 2003, pp. 174 y 197].

⁶⁶ Vid. *Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, cit., pp. 370 y 483; en particular justifica esta opción en la nt. 4 de la p. 487.

⁶⁷ Vid. *Principios de Derecho civil 2, Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 193 a 234.

⁶⁸ En particular después de la sección primera sobre el concepto y estructura de la obligación, dedica la segunda al cumplimiento y extinción de la obligación atendiendo en esta sección al cumplimiento o pago y a la novación, compensación, confusión, compensación, confusión, remisión o condonación, finalizando con la pérdida de la cosa o la imposibilidad de la prestación. Una vez estudiado el incumplimiento y antes de abordar la protección del créditos, se ocupa en la sección cuarta de la transmisión de la obligación. Esta sección a su vez, y después del análisis de su evolución, presenta el capítulo dedicado a la transmisión del lado activo, seguido de la sucesión y la deuda y finalmente, la cesión del contrato (vid. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. VII a XV).

por los que puede producirse la novación subjetiva por cambio de deudor pese estimar también, incidentalmente, a este procedimiento como fórmula capaz de sustentar la sucesión en la deuda⁶⁹. Dogmáticamente si la novación se presenta como uno de los modos voluntarios de extinguir las relaciones, en nuestro Código a su juicio, se admite la que tenga por efecto la modificación del vínculo y en buena lógica la expromisión ha de poder resultar con pervivencia del régimen anterior si bien «para que produzca verdadera novación ha de liberar al primitivo deudor»⁷⁰.

Sin duda esta fórmula resulta acertada en cuanto es más consecuente abordar el procedimiento máximo, la novación, desde la perspectiva extintiva e inmediatamente después y como vía singular, las modificaciones que en general afecten al vínculo perviviendo éste. En definitiva, ésta ha sido la evolución histórica y seguirla presenta el acierto de acercarse a la institución desde un planteamiento capaz de explicar la mutabilidad del derecho como técnica destinada a la resolución de conflictos.

Esta fórmula consistente en el análisis previo del elenco del artículo 1156 del CC, también es compartida por Albaladejo quien ventila de forma separada las causas extintivas de las modificaciones estudiadas en capítulo autónomo, sean de tipo objetivo o subjetivo, en su parte activa o pasiva⁷¹. Por tanto, se refunde el tratamiento clásico de la novación como vía extintiva sin perder de vista que al lado de las causas de desaparición del vínculo, hay otras que lo modifican teniendo, por tanto, la virtud de explicitar ambos fenómenos.

Finalmente también ha de tenerse en cuenta que como sistema integrador se encuentran las opciones que presentan en un mismo capítulo conjuntamente ambas cuestiones. Es el caso de Díez-Picazo y Gullón⁷², con un tratamiento similar y pese a que Sancho Rebullida era uno de los más decididos opositores a la libre transmisibilidad de las obligaciones es la opción sistemática de Lacruz Berdejo⁷³ y,

⁶⁹ Vid. *Manual de Derecho civil español, cit.*, pp. 151, 158 y 267.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 159.

⁷¹ Vid. *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, cit.*, pp. 297 y 331 respectivamente.

⁷² En cuanto a la opción de Díez-Picazo y Gullón eligen ambos el tratamiento conjunto y unitario de las causas o vías de modificación y extinción de las relaciones obligatorias (vid. *Sistema de Derecho civil, cit.*, pp. 234 ss.).

⁷³ Como decimos es el trato escogido por parte de Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida quienes no dudan en su ubicación entre los modos de extinción de las relaciones por lo que la novación subjetiva es una de sus causas, siquiera también lo es de modificar vía asunción, al fin y al cabo, el epígrafe está dedicado a la extinción y modificación de las obligaciones. Con todo afirman que la expromisión es una institución distinta de la *novatio* si bien una de sus aplicaciones o manifestaciones es la producción de una novación (vid. *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I, cit.*, pp. 306 y 316).

entre otros, también podemos hacer mención de la lógica estructural seguida por O'Callaghan Muñoz⁷⁴.

Por tanto, el marco dogmático de la expromisión se encuentra entre los fenómenos que afectan a una relación obligatoria, constante esta última, de modo similar al que lo hacía la transmisibilidad de los derechos de crédito según ordena el artículo 1112 del CC. La relativa novedad que presenta frente a la lógica de la cesión de derechos reside en su falta de regulación expresa, pudiéndose deducir de los artículos del CC que prevén la novación hecha según la terminología señalada y de conformidad a la unanimidad doctrinal que se trata de un fenómeno próximo a la novación romana si bien con la singularidad de que el vínculo puede pervivir gracias a su elasticidad y su aptitud para ser transmitido total o parcialmente. Cuestión distinta a la unanimidad sobre la existencia de modificaciones subjetivas con pervivencia del vínculo un, cada vez más, reducido grupo doctrinal, estima que dicha apreciación no está acogida por el Derecho ni por el propio sistema de la relación obligatoria. En definitiva, ha de ser replanteado el dogma de la intransmisibilidad y sus excepciones.

4. LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* E *INTER VIVOS* ANTE EL DOGMA DE LA INTRANSMISIBILIDAD

Por lo que se refiere al dogma de la intransmisibilidad baste recordar que, en términos generales, su fundamento estructural se encuentra en el sistema del Derecho romano y con él –como él– evoluciona de forma paralela al distinto entendimiento del vínculo y de sus elementos personales, hasta consumarse su práctica desaparición o, cuando menos, su modulación y sustitución por la transmisibilidad de las obligaciones⁷⁵. En resumidas cuentas, la función de la *obligatio* pasaría así a servir al interés de la satisfacción del derecho de crédito en lugar de atender a la originaria vinculación personal a la que respondía⁷⁶.

⁷⁴ También O'CALLAGHAN MUÑOZ trata en una lección la asunción como convenio modificativo y la novación, en el entendido de que ésta es una de las formas de extinción de las relaciones obligatorias (*vid. Compendio de Derecho civil, II, vol. 1.º*, Madrid, 1987, pp. 186 y 207).

⁷⁵ Con ello, *vid.* WINDSCHEID, «Die singularsuccession in Obligationem», *Kritische Uberschau*, I, 1853, pp. 27 a 46; RICCOBONO, «Formazione del domma della transmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione», *Studi in onore di Silvio PEROZZI*, Palermo, 1925, pp. 349 a 368.

⁷⁶ *Vid.* MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, *cit.*, pp. 35 ss. y PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid, 1942, p. 71.

La tradicional concepción romana traía causa directa del entendimiento estrictamente personalista de la *obligatio*⁷⁷. Pues bien desde dicha perspectiva, en la época de la Edad Media, en general, se materializan ciertas instituciones nacidas con la intención de favorecer el tráfico y que indirectamente consiguen la transmisión –mediante vías únicas y directas– del lado activo. Gracias a ello, paulatinamente, se fueron introduciendo fórmulas con que flexibilizar las consecuencias de la sustitución del deudor⁷⁸. En particular, el Derecho común recupera del sistema romano la idea de la intransmisibilidad si bien figuras de tránsito, como la *assignatio* o indicación de pago y la delegación imperfecta, sortean sus rigores⁷⁹. En síntesis, las nociones más tradicionales cederán, con el paso del tiempo, a la visión patrimonialista que antepone y se ordena al cumplimiento de la prestación antes que al sujeto inicialmente vinculado a la relación obligatoria.

La sucesión *mortis causa* suponía una derogación relativa del dogma de la intransmisibilidad ya que, gracias a la necesaria ocupación del lugar del causante por parte del heredero, resultaba posible la transmisión *mortis causa* del conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones⁸⁰. A su vez, dicha sucesión o subentrada⁸¹ en la posición del causante puede ser universal o singular; frente a la que tenga lugar entre vivos que será, en principio, a título singular y, en términos generales, voluntaria⁸².

En dicho sentido y pese a no ser absolutamente riguroso el empleo de las expresiones *successio singularis* o *particularis* lo

⁷⁷ Vid. GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho Civil II*, cit., pp. 432 ss.; también BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», *ADC*, LIII, I, 2000, p. 93, nota 34.

⁷⁸ Vid. PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, Barcelona, 1957, pp. 229 ss. y COVIELLO, «Della successione ne' debiti a titolo particolare», *Archivio giuridico*, LVII, 1897, pp. 117 ss., en particular la p. 127.

⁷⁹ Vid. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión en las deudas a título singular», *Estudios de Derecho civil en honor al Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, pp. 209 a 226; MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, p. 133.

⁸⁰ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, Madrid, 1986, pp. 805 ss.

⁸¹ Pese a la relativa impropiedad ya que singularmente se ha afirmado que su traducción más exacta sería la de subintrada (vid. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del CC español*, Granada, p. 83) se ha optado por emplear este primer término.

⁸² ALBALADEJO funda la diferencia que reside entre ambas en que la que se produce por razón de la muerte del causante opera de forma necesaria, frente a la que se produce entre vivos que está desprovista de dicha nota. Asimismo, equipara la sucesión en los derechos con la transmisión, «la transmisión de los derechos o la sucesión en los derechos tiene lugar, pues, o *inter vivos*, cuando el traspaso se produce de alguien que vive y sigue viviendo, a otro que los recibe, o *mortis causa*, cuando el que los recibe sucede al difunto, es decir, ocupa su puesto en la titularidad de los mismos porque su muerte los dejó vacantes. Por eso, en este caso se califica a la sucesión de sucesión *por causa de muerte (mortis causa)*. Y aunque, por brevedad, se suela denominar simplemente *sucesión*, a secas, se sobreentiende siempre *mortis causa*» (*Curso de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, 8.ª ed., pp. 7 y 8).

cierto es que, aplicadas a las que con identidad del vínculo se producen entre vivos, resultan lo suficientemente precisas como descriptivas para acoger el supuesto de la modificación no extintiva por cambio de deudor. A esta cuestión se añade la generalización de su uso en doctrina y jurisprudencia⁸³; con todo y como se acaba de reflejar cuando se han puesto de manifiesto los aspectos terminológicos, este término se circunscribe al planteamiento dogmático del fenómeno sucesorio para después concretar, en particular, los efectos producidos con otras figuras menos comprometidas como «modificar» o «transformar» entre las mencionadas⁸⁴.

De modo que la lógica común del fenómeno sucesorio, sea *mortis causa* o *inter vivos*, reside en la ocupación del lugar por un sujeto distinto del originario⁸⁵. Si ésta es la identidad subyacente, el componente diferenciador radicaba en la reconocida ausencia e innecesariedad de novación extintiva en el primero de los supuestos⁸⁶. Por tanto, el heredero recibirá, deudas incluidas, sin necesidad de novación de las relaciones obligatorias⁸⁷, en el sentido específico de que el acreedor no tendrá que dar su aquiescencia ni serán necesarios otros negocios que los dimanantes del proceso sucesorio⁸⁸.

⁸³ Vid. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, cit., pp. 145 ss. Por otra parte lo cierto es que en Roma existían ciertos casos en que se sucedía *inter vivos* (vid. MORETÓN SANZ, cit., p. 47.).

⁸⁴ Vid. *supra*.

⁸⁵ MINGORANCE GOSÁLVAEZ recuerda que la herencia aun así no es una *universitas iuris*, porque las deudas no pueden ser concebidas como cargas reales (vid. *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid, 2004, pp. 24 y 25).

⁸⁶ Los sistemas sucesorios occidentales han dado distintas respuestas al hecho común de que las relaciones obligatorias permanezcan intactas e idénticas pese a la muerte del sujeto pasivo que las originó. Ahora bien, dependiendo del sistema, esas deudas serán asumidas por el heredero, o se liquidarán y el adquirente a título gratuito sólo recibirá el saldo positivo. En el caso español incluso el que acepta la herencia a título de inventario sucede al causante en las deudas, si bien limita su responsabilidad al patrimonio hereditario. En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN sostienen que «el heredero que haya hecho uso del beneficio de inventario sucede en las deudas del causante. Lo que ocurre es que la ley le reconoce un poder especial para limitar su responsabilidad, excluyendo sus bienes propios de la posibilidad de ser agredidos por los acreedores hereditarios» (*Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001, 8.ª ed., p. 549; vid. también LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, 7, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2005, 4.ª ed., pp. 365 ss.; CICU, *Derecho de sucesiones, parte general*, Barcelona, 1964, p. 21).

⁸⁷ Vid. SALVADOR CODERCH, «El título de heredero. –Discurso de contestación al de investidura de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona–», *RDP*, LXII, 1978, p. 411.

⁸⁸ Téngase presente la especificidad del legatario que adquiere la cosa exenta de responsabilidades anejas. Con todo «es el caso –refiriéndose al legatario como sucesor a título singular–, de la denominada sucesión a título particular, que no es propiamente hablando sucesión, ya que el adquirente modifica el título constitutivo de la relación y no se coloca pura y simplemente en el mismo lugar del causante; el sucesor a título particular no sucede en la posesión ni en las obligaciones. Por lo que a la terminología adoptada por el propio CC, el artículo 442, al fin y al cabo, se ve en la necesidad de especificar que “*el que suceda por título hereditario*”, acepta implícitamente la hipótesis de otras subentradadas

Por el contrario, para la consecución de alguno de los cambios subjetivos —con o sin efectos extintivos— que se pretendan efectuar sobre la relación obligatoria, se habrá de pasar por alguno de los procedimientos previstos en sede de novación o bien por la autonomía de voluntad privada. En este punto, conviene tener presente que buena parte de la normativa en materia de sucesiones hereditarias, está presidida por la nota de la inderogabilidad de sus mandatos, frente a los cambios de deudor que se prevengan gracias a los procedimientos antes mencionados que, por su parte, también habrán de atender al requisito imperativo del consentimiento del acreedor y la atención a los intereses de los terceros.

Por otra parte, la generalización del uso de la sucesión a título singular, se encuentra en la especial atención prestada a la doctrina de Savigny, quien reservaba la expresión para la subentrada de una persona en el lugar de otra, sin hacer distinciones entre la que sea universal o singular, independientemente del negocio del que traiga causa y manteniéndose la relación jurídica. Así y en este sentido se explica la afirmación de que la sucesión *inter vivos* es siempre a título singular⁸⁹.

Con todo y atendido el origen del término sucesión, ciertas voces critican su uso aplicado a la que se produce *inter vivos*. En este sentido y acerca de este largo debate doctrinal, Barbero admite la sucesión en el débito en el entendido de que no hay obstáculos técnicos que lo impidan, frente a Nicolò quien, al estimar que el único sistema previsto para la sucesión de las deudas es la que tiene lugar con ocasión de la muerte del causante, rechazaba la aplicación de este procedimiento y por ende de su nomenclatura⁹⁰, tal y como hacía, entre otros, Bonfante⁹¹. Empero Barbero recuerda que, pese a que el

que no tengan por causa la hereditaria» (LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. Delación-Legítimas-Reservas*, Vol. I, Bilbao, 2004, 2.ª ed., p. 16).

⁸⁹ Pese a que la que se produce *inter vivos* se efectúe normalmente a título singular, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto ciertos supuestos que relativizan dicha afirmación. Entre otros, el previsto en el artículo 197 del CC, es decir, la apertura de la sucesión basada en la declaración de fallecimiento irregular o por certificación de defunción falsa (vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pp. 9 a 13). Sin duda, estos dos ejemplos son absolutamente atípicos, toda vez que la declaración de fallecimiento se basa en presunciones, no en certezas, habiéndose previsto las consecuencias jurídicas para el caso de la reaparición del desaparecido. Excepto en el matrimonio que queda disuelto (a diferencia del canónico), las previsiones normativas toman como cautela que el presuntamente declarado muerto pueda no estarlo. En cuanto a la apertura de sucesión basada en una certificación de defunción falsa, habría que estar a las consecuencias previstas en el Código penal.

⁹⁰ Por su parte NICOLÒ teniendo a la vista el antiguo Código italiano y pese a ser proclive a su aceptación, no encontraba fórmula jurídica que amparase el procedimiento de sustitución pasiva (vid. «L'adempimento dell'obbligo altrui, cit.», p. 278).

⁹¹ Entre los autores que circunscriben el concepto de sucesión a la que sea universal, destaca BONFANTE que entiende que la única y verdadera sucesión es únicamente aquella (vid. *Corso di Diritto Romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, p. 4).

esquema técnico más preciso es el que circunscribe la auténtica sucesión a la *mortis causa*, no se puede negar que existe la que se produce entre vivos y, además, también existen procedimientos que autorizan la cesión del lado activo del crédito⁹². De nuevo y entreverado en una cuestión terminológica reaparece el debate sobre la transmisibilidad de las relaciones obligatorias.

Cierto es que, en puridad, la sucesión implica la subentrada de una persona en el lugar de otra en una misma relación jurídica que subsiste idéntica; desde esta perspectiva y en su virtud, Díez-Picazo y Gullón sostienen que debería quedar reservada únicamente a la producida *mortis causa* universal⁹³. Si bien y en realidad, basta entender su sentido cuando se aplica; por otra parte, el derecho subjetivo reclama como elemento esencial su imputación a un sujeto determinado, no que éste –en tanto perviva la relación– haya de ser siempre el mismo⁹⁴.

De lo dicho se sigue que como concreción de la idea de *sucesio* en abstracto se generalizará, en el Derecho de obligaciones, el término de la transmisión. Es decir, a partir de lo genérico –sucesión– se pueden ir señalando ciertas especificaciones de conformidad a la razón jurídica que justifica la aparición de este fenómeno de la subentrada de una persona en el lugar de otra. Así, declara García Amigo «el concepto de transmisión de la relación obligatoria no es más que la aplicación al campo del Derecho de obligaciones de la idea de sucesión en general. Y viene integrado por dos nociones esenciales: la permanencia en su identidad objetiva de la relación sucedida y la sustitución de las personas concretas que encarnen la titularidad de la relación que se transmite»⁹⁵.

En resumen, tal y como se pronuncia Pugliatti «además de esto, tenemos también un concepto restringido y delimitado de sucesión, que se presenta como un concepto típico, y que dada la extensión de la figura genérica, puede igualmente comprenderse en la figura de la sucesión en sentido lato. Una comparación fecunda puede hacerse entre el concepto de sucesión en sentido restringido o típico y el concepto de transmisión, haciendo a un lado la figura genérica de sucesión que comprende a ambos. Al determinar estos dos conceptos, para establecer la diferencia que media entre ellos, es

⁹² Vid. *Sistema del Derecho Privado III*, Buenos Aires, 1967, p. 264.

⁹³ *Ibidem*, p. 329.

⁹⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1992, p. 8.

⁹⁵ «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.* En este punto, STOLFI afirma que la sucesión implica la subentrada de una persona en el puesto de otra como titular del mismo negocio jurídico evidenciada en su práctica convencional (vid. «Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 733).

necesario partir de puntos de vista diferentes: en la transmisión, el punto de partida es el primer titular del derecho; en la sucesión, el punto de partida es el sujeto que adquiere. Es verdad que también en la transmisión existe un adquirente y, si se quiere, un sucesor, pero la transmisión *parte del que transmite en el que radica la fuerza propulsora que la opera*. La transmisión incluye siempre *dos momentos lógicos*, los cuales aun cuando ligados por la causa, deben existir ambos (...)»⁹⁶.

Dicho lo anterior, conviene antes de concluir este epígrafe reiterar que el origen de la discusión sobre la sucesión singular se encuentra en la fase precodificadora germana⁹⁷. Como se ha dicho, uno de los iniciadores de la corriente doctrinal pandectista o de jurisprudencia de conceptos, Puchta rebate en 1852 el dogma de la intransferibilidad, creando una nueva categoría sistemática⁹⁸.

Enfrentado a la libre sucesión Strohal se erige en uno de los más decididos opositores a esta voluntaria transmisibilidad. En su estudio, la consecuencia del cambio de patrimonio responsable provoca directamente la necesidad de extinción de la relación en que se ha sustituido el patrimonio garante primitivamente por el del nuevo deudor⁹⁹, con la particularidad de que el argumento de la división del vínculo en el débito y la responsabilidad sirve a otros autores para propiciar la libre transmisión¹⁰⁰.

La sucesión singular de las deudas implicaba, pese a la modificación del sujeto pasivo, el mantenimiento de la obligación primitiva. Apelaban para ello al Derecho romano si bien únicamente a partir de la institución de la *sucessio*¹⁰¹. A su vez, afecta directamente la naturaleza del vínculo: la personalista, de procedencia clásica, romanista, sobrevive gracias al Derecho común y recibida por los inspiradores del *Code Napoleon*, fue redescubierta por la

⁹⁶ PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, cit., p. 210.

⁹⁷ Vid. MORETÓN SANZ, cit., pp. 205 ss.

⁹⁸ Vid. *Kritische blätter*, 2, 1852, p. 34.

⁹⁹ Vid. STROHAL, «Schuldübernahme», *Iherings Jahrbücher für die dogmatik*, LVII, 2, XXI, 1910, pp. 231 a 492.

¹⁰⁰ En este sentido basta reiterar cómo BRINZ escinde el débito y la responsabilidad.

¹⁰¹ PACCHIONI criticaba acerbamente el paralelismo instituido por DELBRÜCK entre la cesión del crédito y la cesión del débito ya que, a su juicio, esta construcción no soportaba una crítica seria. Así, destacaba la impropiedad de la expresión cesión del crédito ya que para él (recordemos que su obra es de los años cuarenta) en el Derecho la deuda no es una cosa, ni un derecho, al carecer de valor para el cedente, carece también de valor para el mercado. Antes bien, se erige como una limitación de la libertad de acción del deudor y una potencial disminución de su propio patrimonio. Si emprendemos el examen de alguno de los casos que en la práctica PACCHIONI consideraba como cesión de deudas –transmisión de la finca hipotecada con la asunción de la deuda correlativa, la adquisición del establecimiento comercial con la condigna asunción de las deudas pendientes, la división de la herencia con la asunción de deudas hereditarias, la donación con asunción de las deudas del donante– qué duda cabe que los ejemplos que cita, en todos concurre una transferencia de bienes y que con y por ello se asumen las deudas.

pandectística alemana del siglo XIX. La visión patrimonialista, ya se ha dicho, sostiene que si bien la obligación recae sobre el deudor lo atacable es el patrimonio¹⁰².

En todo caso, el problema de la transmisibilidad está directamente relacionado con la capacidad de los valores negativos para ser objeto de intercambio. También afecta al concepto y noción jurídica del patrimonio que aún no ha resuelto si las deudas han de estar incluidas en él o si, antes bien, no forman parte de la suma de valores positivos. Lo cierto es que estos aspectos están despejados por las prácticas económicas que integran la totalidad de sus elementos, cualquiera que sea su signo en el patrimonio; no dudan por ello que sus componentes individualmente considerados son aptos para ser negociados siempre y cuando el mercado permita dicha posibilidad material al ser aceptados por los operadores jurídico-económicos.

Ciertos escrúpulos de la teoría jurídica se construyen a espaldas de la realidad económica si bien, no cabe duda, este tipo de prácticas terminan siendo consideradas e incluidas, de un modo u otro, en el ordenamiento en aras de la seguridad jurídica que debe presidir los intercambios patrimoniales¹⁰³. En este punto, baste como prueba la comprobación fáctica de la proliferación de empresas cuyo objeto mercantil es la compra o/y gestión de facturas sin ejecutar, o incluso de la acumulación, consolidación y renegociación de créditos pendientes en una deuda única¹⁰⁴.

En suma, las anteriores pruebas técnicas refutan dicha negación de la transmisibilidad del pasivo¹⁰⁵ como objeto negocial¹⁰⁶. A mayor abundamiento ya se había apuntado por Colin que «la personalidad del deudor y la del acreedor se eliminan cada vez más de las relaciones de derecho. La obligación, ya desde el punto de vista

¹⁰² Ciertamente, por evidente, al cambiar de deudor se altera el patrimonio responsable (vid. OERTMAN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, p. 101). Por su parte, en esta línea, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI sostiene que con el cambio el patrimonio que garantiza un derecho de crédito, se desnaturaliza la identidad del vínculo (vid. *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, cit., p. 138). Sobre la materia vid. las aportaciones de PACCHIONI (*ibidem*), BRINZ Y BEKKER cit.

¹⁰³ Radicalmente en contra, como ya se ha recogido, PACCHIONI (vid. *Delle obbligazioni generale*, cit., p. 362).

¹⁰⁴ Se anuncian, v. gr. y sin que quepa ahora hacer mayores precisiones, como servicios de consolidación de deudas y lo habitual que las empresas se exploten en régimen de franquicia.

¹⁰⁵ Téngase presente, de nuevo, las precisiones hechas por la mejor doctrina que ha declarado que el uso de la expresión «transmisibilidad» aplicada a las deudas, es una licencia ya que a fin de cuentas, la transmisibilidad implica un acto de traslación de poderes «activos», por lo que la transmisión en sí únicamente atañe a la perspectiva de poder en los derechos subjetivos y, en su caso, en las facultades (en este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, p. 848).

¹⁰⁶ Superadas también las tesis del Maestro SANCHO REBULLIDA sobre la significación económica de las deudas (vid. «Comentario al artículo 1205 del CC», *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XVI, 1, Madrid, 1991, p. 723).

activo, ya desde el punto de vista pasivo, sólo es considerada hoy por su resultado, es decir, como un elemento del activo o del pasivo del patrimonio, como un *valor*, tan racionalmente transmisible como los otros valores, como los derechos reales y, sobre todo, como la propiedad»¹⁰⁷, descripción del fenómeno que conduce a la aceptación por evidente de la sucesión singular de las deudas.

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE LA SUCESIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS

1. LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y LA MAYORITARIA ACEPTACIÓN DE LA SUCESIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS: INTERDEPENDENCIA ENTRE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA E HITOS LEGISLATIVOS

Las aportaciones doctrinales previas al siglo XIX, en buena lógica constituyen parte de la base y fundamento del estado doctrinal ulterior que corresponde ahora revisar. En este sentido y dado su valor preparatorio para la futura admisión de la transmisibilidad técnica de las deudas, deben ser destacadas las aportaciones de Gutiérrez Fernández y las de Sánchez Román. Al presentar una tímida despersonalización del vínculo consolidan el planteamiento de la responsabilidad de la obligación como una cuestión estrictamente objetiva donde es posible relevar al sujeto pasivo¹⁰⁸.

Con todo, el impulso doctrinal sobre la materia respondió a lo que se puede denominar recepción del Derecho y de la doctrina alemanas entre los estudiosos españoles. En puridad destaca más la influencia de estas tesis germánicas que la elaboración propia de una teoría de la transmisión de las obligaciones a título singular¹⁰⁹.

¹⁰⁷ COLIN, *Curso elemental de Derecho civil*, 3, cit., pp. 332 y 331.

¹⁰⁸ Vid. *supra*, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1869, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil IV. Derechos de obligaciones*, Madrid, 1899. Vid. también MORETÓN SANZ, cit., pp. 158 ss..

¹⁰⁹ Muy severamente ÁLVAREZ VIGARAY apunta que a diferencia del «floreamiento doctrinal, en el que las obras de prestigiosos e ilustres jurisconsultos» sentaron y abrieron una sólida base al camino de la codificación, la literatura jurídica de los siglos XVIII y XIX, era decadente. Frente a la profundización en el Derecho Romano y el Germánico, que fraguaron los precedentes doctrinales de la codificación, en nuestro país, «la carencia absoluta de estudios de Derecho germánico en el siglo XIX español, y el carácter mediocre de los estudios en los que se mezclaba el Derecho romano con el Derecho Real», condenaron a la codificación española a ser una copia de la francesa. La influencia de la doctrina jurídica alemana –sigue ÁLVAREZ VIGARAY–, no se deja sentir hasta bien entrado el siglo, hasta pasada la mitad del XIX, momento en que la doctrina española –SÁNCHEZ ROMÁN Y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ–, ya señala el conocimiento de SAVIGNY, cuyo *Tratado de Derecho Romano*, se traduce al francés y se publica en 1851 (vid. «El sistema del Derecho Civil

Por otra parte, la aportación más original que debe ser considerada como punto de inflexión en la doctrina española en lo que a la consideración de la *novatio* y transmisión sin extinción de las deudas atañe, está marcado por las reflexiones de De Diego hechas en la monografía que llevaba por título *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*¹¹⁰. En esta obra se distancia del sistema codificado español y de sus antecedentes franceses para hacerse eco y adoptar, decididamente, el pensamiento y la solución alemanas en la materia. De modo que conviene retener dos cuestiones fundamentales, una que atañe a las consecuencias de la transmisión como objeto principal de estudio y, otra, referida ésta a la fecha de publicación de su monografía que ve la luz apenas entrado el siglo xx.

Como ya se ha apuntado dos son los sectores doctrinales de este país encontrados en función, unos, de su seguimiento al sistema galgo y, por tanto, de su entendimiento de la *novatio* prevista en el Código como estricta causa de extinción; otros, apartándose de estos precedentes latinos, escogen opciones más flexibles y autorizan la sustitución modificativa del componente pasivo de una relación dada perviviendo la relación.

Por tanto, el punto de fricción entre una y otra corriente, reside en las consecuencias de la admisibilidad de la transmisión del lado pasivo del vínculo. A su vez, ambas perspectivas están notablemente influidas por la codificación de los países de nuestro entorno, por el uso y conocimiento de las principales aportaciones bibliográficas publicadas sobre la materia y, por supuesto, por la consecuencias de la germanofilia como corriente imperante en el pensamiento jurídico español que acepta e importa buena parte de las instituciones de este sistema jurídico. Con todo ha de retenerse el dato de que la corriente favorable a la libre transmisibilidad, plenamente consolidada ya en los años cuarenta del pasado siglo, forma el grupo cuyas tesis se han impuesto con fuerza y sin réplica aceptadas, por tanto, por la mayor parte de la doctrina contemporánea.

A) **De los antecedentes del debate doctrinal en España a la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones según De Diego**

Si ya han sido estudiadas minuciosamente las líneas básicas de la codificación española así como ciertas aportaciones de la litera-

en la literatura jurídica del siglo xix español», *RGLJ*, CXXXV, 3, 1986, pp. 322 y 323) Con todo, en el primer número de la *RGLJ* ya se citaba a SAVIGY.

¹¹⁰ Publicadas por la Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, en 1912.

tura contemporánea a dicho proceso¹¹¹, resulta ahora necesario el análisis de la cuestión dogmática, clave que a mayor abundamiento, presenta de una parte la singularidad de haberse abstraído del tenor literal del Código y de otra, la capacidad de evidenciar los efectos del conocimiento de diversos sistemas jurídicos.

En síntesis, este debate doctrinal sobre la transmisibilidad tuvo lugar una vez entrado en vigor el nuevo CC ya que, hasta aquel momento no se había planteado la sucesión modificativa salvo la tímida mención contenida en el *Febrero reformatísimo*¹¹² susceptible de interpretaciones diversas y referidas, a nuestro juicio, a la acumulación de nuevos deudores antes que a la modificación por sustitución del sujeto pasivo.

Decía aquel texto: «4.140 La novacion, puede, como no puede menos de conocerse por la definicion que de ella hemos dado, ó consiste en la modificacion de una obligacion preexistente, ó en su destruccion, sustituyéndola en este último caso con otra nueva; así que puede decirse con razon, que en todo rigor no siempre la novacion lleva consigo la destruccion de una obligacion; pero no obstante la comprendemos entre los modos de extinguirse las obligaciones, porque así lo hace la citada ley de Partida, y de igual manera es considerada por los juristas.—4.142 Modificase una obligacion cuando se sustituye uno en vez de otro deudor, ó uno en vez de otro acreedor, o se suprimen o crean fianzas, o se exigen o perdonan usuras, quedando siempre existente la deuda principal».

En este sentido, la edición de aquella obra hecha el año 1849 ratificaría y concretaría después los términos de la anterior afirmación, especificando además que «novacion es la alteracion que en una obligacion cualquiera efectuan los mismos interesado, ya sea variándola en su esencia, ya sujetándola á nuevas condiciones, ó modificándola de cualquier modo. Ley 15, tit.14, P 15. Quedará pues alterada esencialmente una obligacion por medio de la novacion cuando en lugar de la que antes ecsistía se crea otra nueva, y se modifica, cuando solo se altera en alguna de sus partes, dejándose subsistente en lo principal de la obligacion primera».

Las anteriores tesis dogmáticas se han de contrastar con la parte práctica de la obra por cuanto en el texto se elabora un extenso número de casos en que se ha de presumir la novación. En particular y además de la alteración o variación de su naturaleza se «entiende

¹¹¹ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 85 ss.

¹¹² *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo la legislación hoy vigente, por el Ilustrísimo señor Don Florencio García Goyena y Don Joaquín Aguirre, segunda edición corregida y aumentada por los Doctores Don Joaquín Aguirre y Don Juan Manuel Montalbán*, Madrid, 1844.

hecha la novación cuando se subroga un deudor á otro, y el subrogado recibe sobre sí la obligación del deudor principal. En este caso queda estinguida la obligación antigua de tal suerte que no revive jamas: y por consiguiente aunque el deudor subrogado quede reducido á estado de insolvencia, no puede el acreedor reclamar contra el primero. Si el subrogado fuese menor de 25 años, y tuviese tutor ó curador, no quedará obligado como incapaz de contratar, si bien se estinguirá la obligación primera. Leyes 15, tit. 14, P.5.»¹¹³.

En definitiva, con dichos textos se puede comprobar que los efectos del cambio de deudor eran, invariablemente, extintivos de la anterior relación salvo que esta última se viese modificada por efecto de la acumulación del nuevo deudor añadido al antiguo.

De lo dicho se sigue que, a partir de la entrada en vigor del texto codificado, el debate sistemático se presentase con tal fuerza expansiva que sirvió como fundamento preparatorio de la definitiva consideración de la *expromissio* como una de las categorías convencionales que sirven a la posibilidad de transmitir, con o sin extinción, un vínculo del que se modifica el sujeto pasivo.

Después de la entrada en vigor del CC español, el 18 de agosto de 1896 se promulga el B.G.B. –si bien no sería aplicable sino desde el 1 de enero de 1900–, que tiene la virtud de ser enormemente apreciado por la doctrina española. Con él se dan renovados bríos a las tímidas voces en favor de la transmisibilidad de las deudas y gracias a sus previsiones se pondría en tela de juicio la adscripción general y, en particular sobre la *novatio*, de nuestro texto privado al sistema romano-francés.

Por otra parte, se ha comprobado cómo la sucesión de las deudas se había convertido en una de las inquietudes técnicas que ocupó a los tratadistas europeos coetáneos a la codificación de cada país¹¹⁴.

En lo que se refiere a la doctrina española, destaca, muy especialmente, la temprana obra de De Diego *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, publicada en 1912, quien ya se había pronunciado en favor del reconocimiento de la figura¹¹⁵. De hecho, en sus primeras lecciones sobre el Derecho roma-

¹¹³ Febrero, *arreglado á la legislación y prácticas vigentes por una sociedad de abogados*, III, Barcelona, 1849, pp. 367 y 368.

¹¹⁴ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹¹⁵ Vid. también con NAVARRO DE PALENCIA, «Consulta sobre: Efectos novatorios de un contrato», *RDP*, I, 1913-1914, 1914, pp. 472 a 489. El autor publicaría, entre otras muchas, las siguientes obras: *Apuntes de Derecho civil español, común y foral según las explicaciones del Cateadrático de la asignatura*, Madrid, 1914-1915, y el *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, IV y V *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1927.

no, recogía y suscribía decididamente el influjo del pandectismo tardío alemán y sus nociones favorables a la transmisión¹¹⁶.

Y sus certeros argumentos vigentes aún y plenamente aplicables por la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, concluían que «si la voluntad de novar ha de ser terminantemente declarada ó inducida de la incompatibilidad absoluta de las dos obligaciones, ¿qué pasará donde no aparezca esa voluntad novatoria? Pues ó que una y la misma deuda pasará a cargo de la otra persona, en cuyo caso habrá sucesión de deuda con liberación del antiguo deudor, ó que sin desligar á éste se afectará á otra persona con la responsabilidad de la deuda, siendo entonces dos deudores los que podrán ser blanco de las acciones del acreedor. Los términos del contrato, la voluntad declarada de los interesados, decidirá en cada caso.—Conveníamos, pues, en que puede haber sustitución de deudor sin extinción de deuda, y, por consiguiente, cambio de deudor con liberación del antiguo y mantenimiento de la misma deuda; y como estos son los caracteres de la sucesión en la deuda, debemos convenir también en que ésta puede existir.—Lo que no quiere de cierto la ley, es que se verifique esa sustitución de deudor sin consentimiento del acreedor (art. 1.205), pero de acuerdo con éste no hay duda que pueden sustituirse en la deuda cuando así lo conviniesen los dos deudores, el antiguo y el nuevo, realizando sucesión en la deuda. El convenio en que acreedor y deudores, ó éstos con el consentimiento del primero pactasen, la transmisión de la deuda tendría validez.—¿Se insiste en que la ley en ese caso de sustitución presume novación (y eso que ésta no se presume? Pues nada obsta á que las partes manifiesten la voluntad contraria que detengan efectos de presunción. En definitiva, la determinación de la carga de la prueba será á lo que quede reducido el alcance de las disposiciones de la ley en este punto. A quien sostenga que la sustitución de deudor produjo sucesión y no novación, incumbiría probarlo: sólo por prueba cumplida cesaría la presunción de la ley.—Concluamos afirmando que la liberación del deudor antiguo y la novación de la obligación primitiva (la que correspondería a aquel) son dos cosas distintas, y es muy grave el error en que incurrieron los Códigos francés é italiano al confundir esos dos hechos de tal suerte que no se pudieran concebir el uno sin el otro. La liberación del

¹¹⁶ Vid. *Introducción al estudio de las Instituciones del Derecho Romano*, Madrid, 1900. Año que coincide con la entrada en vigor del B.G.B. Por otra parte, como VATTIER FUENZALIDA destaca, en ese mismo año también LAMBERT publicó el programa para una *Reforma necesaria de los estudios de Derecho civil* (vid. «Para la unificación internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea», *RD*, 78, 1994, p. 224).

deudor puede obtenerse si que su obligación venga á menos, y esto tanto en la forma de expromisión como en la delegación»¹¹⁷.

B) La preparación de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas: la influencia doctrinal alemana y la revisión del modelo francés

La nostalgia y el reputado argumento de autoridad del Derecho alemán ya había tenido sus ecos en los debates previos a la aprobación del Código. En este sentido Gamazo, con ironía, afirmaba —el 9 de abril de 1889 en el debate del dictamen relativo a la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del CC—, al contestar a las muchas críticas vertidas por Azcárate en las que éste apelaba al Derecho alemán: «si hubieramos de añadir algo á lo que sobre esto se ha dicho, no sería difícil encontrar en alguna de las Naciones cuya cultura jurídica más se ha ponderado con razon, (...). Cuando el proyecto de Código preparado en Alemania, encomendado á respetables profesores de los más distinguidos de Alemania, (...), cuando ese trabajo no ha encontrado fórmula diferente, bien podemos estar tranquilos de que á lo menos no nos hallamos tan distanciados del progreso moderno»¹¹⁸.

Precisamente, ofrecen cierto valor preparatorio los esfuerzos de la corriente ideológica conocida como Krausismo y cuyos más relevantes representantes no cuestionaban la libre transmisibilidad pasiva del vínculo. Si por su parte la Escuela natural presentaba la relación obligatoria como ente orgánico y como tal susceptible de mutaciones sucesivas en su decurso vital, esta corriente ahora mencionada también surtió sus efectos entre la doctrina patria con la continuada y constante labor crítica del CC español hecha por buena parte de sus seguidores allanando así la admisión de la transmisibilidad de las obligaciones¹¹⁹.

Por su parte, la fuente natural de aquel pensamiento se encuentra en el trienio comprendido entre los años 1880 y 1883 en que Ahrens impartió sus doctrinas en La Sorbona. Pronto sus enseñanzas gozarían de una crítica más favorable de la que suscitaron sus

¹¹⁷ DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, cit., pp. 308 a 310.

¹¹⁸ Congreso, 9 de abril de 1889, núm. 90, p. 2.415.

¹¹⁹ Como señala DE LOS MOZOS, las críticas de tipo ideológico que se hicieron al CC, se vertieron tardíamente procediendo además «de un campo tan curioso como el “krausismo” que formaba parte de una tendencia filosófica y moralizante de la vida social» («Estudio Preliminar», *El CC. Debates parlamentarios 1885-1889, I*, Senado, Madrid, 1989, p. 23). Con todo, los efectos del krausismo se evidenciaron en el Derecho y no sólo en el privado, ya que por su parte, el denominado correccionalismo dejó sentir sus efectos en el Derecho penitenciario (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, Buenos Aires, p. 135).

primeras obras entre la doctrina española¹²⁰ y sucesivamente serán traducidas¹²¹ como así pasó también con las publicaciones de su discípulo Merkel¹²².

Pues bien, a través de las enseñanzas de Ahrens se conoce a su maestro Krause. Asimismo el pensamiento jurídico germánico llegó a través de las versiones francesas, traducciones éstas que fueron rápida y fácilmente leídas en las Universidades¹²³. En prueba y como seguidor de esta corriente de corte utópica caracterizada por la mitificación de los valores individuales, destaca Gómez de la Serna¹²⁴ vocal de la Comisión de codificación, fiscal del Tribunal Supremo y Ministro de Gracia y Justicia y de la Gobernación, así como editor de la *Revista General de Derecho, Legislación y Jurisprudencia*¹²⁵.

¹²⁰ Según FABIÉ, en 1840 ya se había traducido el libro de AHRENS sobre la filosofía del Derecho, asimismo menciona a la Escuela histórica de Savigny. Por otra parte, la *RGLJ* daba cuenta en las noticias bibliográficas de sus tomos LIV y LVIII de los años 1879 y 1881, de la publicación de los tomos II y III de la *Enciclopedia jurídica*. Del «ligerísimo» juicio que mereció el primero de ellos, se tornan en favorables las afirmaciones contenidas en la tercera de las referencias bibliográficas; se afirma que «determina con este motivo magistralmente, y entre otras cosas, el origen y terminación de las relaciones jurídicas», concluyendo con una felicitación dirigida al editor y a los traductores que «han tenido la constancia para poner al alcance del público español la obra maestra del insigne Ahrens, cuya reciente pérdida llora aún la Universidad que escuchó sus luminosas explicaciones» (*vid.* «Estado actual de la ciencia del derecho. Conferencia dada en el Ateneo de Madrid el miércoles 22 de noviembre de 1878», *RGLJ*, LIV, 1879, pp. 5 a 20 y 12 a 13, respectivamente). FABIÉ, al resumir el desarrollo histórico del Derecho, pretende aportar elementos que faciliten la comprensión del espíritu y sentido de las disertaciones sobre las bases del nuevo CC. En particular destaca que «no es posible, sin embargo, dejar de mencionar por la influencia que han tenido en España, las teorías jurídicas de un pensador de la escuela de Krause, que ha tratado especialmente esta materia, aludimos á Ahrens, y especialmente á la segunda edición de su Filosofía del Derecho, donde éste se define, (...). No es esta ocasión oportuna para desenvolver las consecuencias que en el orden social y político, así como en el del Derecho privado, se deducen de este concepto fundamental contenido ya esencialmente en la obra de Krause...» (*Disertaciones jurídica sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del CC y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pp. 106 ss.).

¹²¹ *Vid.* *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado. Tomo III*. Versión directa del alemán aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, 1880.

¹²² *Vid.* *Das römischrechtliche begriff der novatio*. Inaugural dissertation, Strasbourg, 1892; *Enciclopedia jurídica*, edición preparada por Rodolfo MERKEL. Traduce W. ROCES, Madrid, 1924.

¹²³ *Vid.* RODRÍGUEZ DE LECEA, «Influencia de la cultura alemana en España en la primera mitad del siglo XIX», *Sociedad, política y cultura en la España de los Siglos XIX y XX*, Madrid, 1973, p. 37.

¹²⁴ GÓMEZ DE LA SERNA fue miembro del Consejo de la Instrucción Pública, *vid.* Reglamento de Estudios de 1852, en la *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia*, 1852, 315 ss., así como 331 ss., *apud. cit.*, PETIT, que le califica de omnipresente, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *ADC*, XLIX, IV, octubre-diciembre, 1996, p. 1446.

¹²⁵ Modificación de la segunda edición de GÓMEZ DE LA SERNA donde emite ciertas críticas a la escuela histórica, a juicio de PETIT (*op. cit.*, p. 133). Ya se ha puesto en evidencia el debate doctrinal contemporáneo sobre la supuesta influencia de la escuela histórica. Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE afirma que no se conocía y critica a GÓMEZ DE LA SERNA. Con todo el artículo de BERMEJO CABRERO así como los testimonios que se publicaron en

Ya se han señalado diversos elementos preparatorios de la influencia de la literatura alemana; por lo que al objeto del estudio interesa, dos antecedentes abonaron este camino; tanto Ahrens¹²⁶ como Merkel¹²⁷ suscriben la teoría de la transmisibilidad singular de las deudas¹²⁸. Pese a ello, sus discípulos –en este específico aspecto– no importaron sino ciertas categorías jurídicas preparatorias para la futura recepción de la transmisibilidad de las relaciones obligatorias¹²⁹. De hecho, la doctrina alemana del siglo XX destaca el poderoso influjo que tuvo la escuela del Derecho natural y, en particular, el de los sistemas de Fries, Ahrens y Krause, «quien encontró rápidamente una potente continuación en España»¹³⁰.

la prensa política en los orígenes del constitucionalismo evidencian el conocimiento dicha Escuela, además del artículo de Eduardo TRILLO, publicado en la RGLJ en 1855 donde ya se pone de manifiesto.

¹²⁶ Como también haría MERKEL, se remontaba al Derecho germánico clásico para fundar la impugnación al Derecho romano y al entendimiento del vínculo desde la perspectiva objetiva (vid. *Enciclopedia, cit.*, p. 202).

¹²⁷ *Ibidem*, p. 124.

¹²⁸ Como ya se dicho el movimiento ideológico que tuvo cierta incidencia en la vida intelectual española es el krausismo. Para los especialistas de la época, KRAUSE y sus discípulos afectaron directa y profundamente al pensamiento jurídico español, así «las doctrinas de Krausse han influido de tal modo en la democracia española, que puede decirse, sin temor de equivocarse, que el krausismo es el que anima la democracia científica de nuestra patria. En efecto, el que lo representaba en la Universidad Central, ha ejercido el poder supremo en esta Nación á nombre de esas ideas». Específicamente, AHRENS era calificado de la manera siguiente: «uno de los jurisconsultos, si no el único jurisconsulto, e hombre en fin de la teoría del Derecho, según la escuela de Krausse, es Ahrens, cuyo libro está en mano de todos, siendo el Evangelio de los jurisconsultos españoles afiliados á las escuelas democráticas» (FABIÉ, *Disertaciones jurídica sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las Bases del CC y sobre la Organización de los Tribunales*, Madrid, 1885, pp. 268 y 269). En particular, con los perfiles propios y singulares que esta corriente fue capaz de adquirir en España, se convirtió en una actitud intelectual y trascendió más allá del krausismo «a secas» [vid. TUÑÓN DE LARA, «El Krausismo y la Institución Libre de Enseñanza: sus diversas proyecciones en la vida cultural española. Giner. Azcárate. Cossío», en *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, Madrid, 1973, 3.ª ed., p. 37; vid. también sobre los perfiles propios del krausismo español a TERRADILLOS BASOCO, «Vigencia del Derecho Penal del Krausismo», *Jornadas Homenaje a Giner de los Ríos*, Jaén, 1999, p. 33].

¹²⁹ GÓMEZ DE LA SERNA sostenía con MONTALBÁN –coautor con GARCÍA GOYENA del *Febrero*– que la novación «más que un medio de extinguir las obligaciones lo es de trasferirlas, porque si una perece es reemplazada inmediatamente por otra» (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España, II*, Madrid, 1865, 7.ª ed., p. 199). En la contestación a una consulta sobre hasta qué punto debe reputarse novado un contrato por las alteraciones que en actos posteriores hayan introducido los contratantes respondía, muy apegado a la tradición romana y a las doctrinas de DOMINGO DE MORATÓ y de POTHIER, que para que se entienda extinguido un contrato por novación, es necesario que aparezca claramente expresada la voluntad. Reiteraba con la quinta Partida y su modelo romano-justiniano la no presunción la novación o la renovación y la necesaria expresión del ánimo novatorio. Asimismo daba cuenta del estado de la codificación y en particular, de la redacción mejorable del artículo 1134 del Proyecto de 1851 (vid. «De la novación del contrato», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, VI, XII, 1858, pp. 646 a 649).

¹³⁰ WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Barcelona, 1957, p. 296.

En este punto, el Krausismo, más que corriente filosófica se convirtió en «estilo de vida» e intentó, denodadamente, integrar nuestro país en el modelo racionalista europeo, en particular, en el alemán y prescindir de la cultura francesa tachada de epidérmica y frívola. Y es este el valor que como mérito específico tiene esta corriente, al asociar lo moderno a lo alemán y lo inconsistente a lo francés¹³¹.

Por su parte y en este sentido, si a juicio de Díez-Picazo «la cultura jurídica española estuvo dominada¹³² a lo largo de todo el siglo XIX y del primer tercio del XX por la francesa», también destaca que fue «a finales de los años veinte y en los años treinta», el momento en que «comenzó a producirse un deslumbramiento por la literatura jurídica alemana¹³³. Con todo y en la materia que nos ocupa, las evidencias germanófilas se sienten sólidamente en los albores del siglo XX y en los años cuarenta se pueden considerar consolidadas para, finalmente, resultar prácticamente incontestables en los sesenta.

De modo que el mencionado deslumbramiento germanófilo que en otras instituciones se dejaría sentir *ex novo* en los años veinte, en la transmisibilidad de las relaciones obligatorias se evidencia desde la segunda mitad del siglo XIX. En este sentido y como elementos difusores y preparadores destacan, de una parte, la *RGLJ* y de otra las aportaciones de los juristas adscritos en mayor o menor medida al krausismo, como Azcárate, Gómez de la Serna o Elías.

Por tanto, antes de los años veinte se plantearon cuestiones doctrinales importadas de los tratadistas germanos debatiéndose como se ha tenido ocasión de evidenciar, incluso, alguna de ellas en las Sesiones que aprobaron el texto definitivo de nuestro CC.

C) La admisión de la transmisibilidad del vínculo según las aportaciones de Cossío, González Palomino, Hernández Gil, Jordano Barea, García Valdecasas y García Amigo: la interdependencia entre doctrina y jurisprudencia y su inspiración en el B.G.B., el *Tratado* de Enneccerus y sus *Comentarios*

Efectivamente ya en aquellos años cuarenta la influencia del Derecho alemán entre la doctrina española es una evidencia que se materializa, en particular, en el entendimiento de la transmisión de las deudas. En este punto, los poderosos efectos del Derecho ale-

¹³¹ Vid. LÓPEZ-MORILLAS, *El krausismo español. Perfiles de una aventura intelectual*, México, 1956.

¹³² Denominada (*sic*).

¹³³ Vid. «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, XLV, II, 1992, p. 474.

mán resultan incuestionables si se tienen presentes numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo donde se incorporan instituciones y construcciones jurídicas procedentes del CC alemán, así como de sus comentaristas¹³⁴. Gracias a ello, cobra consistencia la doctrina jurisprudencial claramente favorable al reconocimiento de la libre transmisibilidad de las deudas y a que sus consecuencias se hicieran depender, como su nacimiento, de la autonomía de la voluntad¹³⁵ respetando, siempre, el consentimiento del acreedor de conformidad a los términos del artículo 1205 del CC.

De las sentencias del Tribunal Supremo preparatorias del todavía vigente entendimiento de la transmisión de las deudas, destaca por el valor que ostentó entre la doctrina española, la que se pronuncia el *12 de abril de 1945* siendo Ponente Celestino Valledor. Dictada en un pleito sobre los conflictos dimanantes de una compraventa con retención del precio por parte del comprador para el pago de ciertas deudas contraídas por el vendedor¹³⁶, pese a que no tratase de un pacto de asunción espontánea, tenía la virtud de atender al fenómeno de la sucesión singular de las deudas, con la particularidad –a los efectos que ahora se ventilan–, de fundamentar los pactos suscritos en los previstos por el B.G.B. para asumir la obligación ajena. Conviene tener presente que no se discutía la validez

¹³⁴ Téngase en cuenta el recurso de casación y sus motivos según el elenco de causas previstas en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; en particular el artículo 1691 recogía en primer lugar, la infracción de ley o de doctrina legal en la parte dispositiva de la Sentencia. De conformidad al artículo 1728 no tendría lugar la admisión del recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal «cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan la consideración de tal concepto, o las opiniones de los jurisconsultos, a que la legislación del país no dé fuerza de ley» (art. 1729.10, *Gaceta oficial* de 20 de febrero de 1881, 493). Sobre el recurso de casación, *vid.* DE MIGUEL ALONSO, «Notas sobre los motivos de casación civil en España», *Libro homenaje a Jaime Guasp*, 1984, pp. 413 a 424.

¹³⁵ Por otra parte, la forma y modo de operarse la cesión desde el entendimiento doctrinal y judicial alemanes, se conocía por la labor traductora de ROCES, en especial del estudio de OERTMANN, «Transmisión de obligaciones», *RDP*, X, 115, 1923, pp. 99 a 117.

¹³⁶ En particular el recurso de casación lo interpuso el demandante, dueño de la casa en construcción y vendedor del piso en cuestión, contra la Sentencia dictada por la Audiencia; alegó infructuosamente –el recurso de casación se desestima– la violación por infracción del artículo 1124. En definitiva, el vendedor alegaba que ante el incumplimiento en lo que al pago de sus deudas se refería procedía la resolución del contrato, añadiendo que «las obligaciones que contrajo el Sr. Puche (comprador y asumente) eran el pago de deudas del Sr. Monge, para lo que retuvo la totalidad, del precio, unas eran de carácter hipotecario y otras están constituidas a favor de terceros sin garantía real, las primeras, no obstante la hipoteca en caso de impago, afectan personalmente al señor Monge por cuanto que los acreedores pueden a su arbitrio ejercitar la acción hipotecaria o la ejecutiva, y en ambos casos el deudor responde con todos su bienes del total pago de la deuda y sus intereses que pueden ascender a cantidades mayores de las que representen las garantías reales y en cuanto a las deudas sin la garantía real, pueden ser exigidas personalmente al deudor señor Monge –como lo han sido varias de ellas– por no haber hecho el pago el que se subrogó en la obligación, máxime cuando los acreedores no han aceptado la subrogación del nuevo deudor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 del CC».

de los pactos de asunción sino que por el vendedor se instaba la resolución del contrato alegando incumplimiento dado el impago de las deudas asumidas por los herederos del causante.

Los concretos pactos del caso de autos se habían ventilado sin la intervención ni conocimiento del acreedor del vendedor, de modo que «quedó en poder del comprador (el precio de la compraventa) para aplicarlo al pago de las deudas contraídas por el vendedor, sin que se haya contado con para ello con la conformidad de los acreedores, ni conste en forma alguna que el comprador se obligase a obtener tal conformidad, lo que lleva a configurar jurídicamente este pacto como sustitución de la entrega del precio por una promesa de liberación o asunción interna de deuda, que a diferencia de la novación subjetiva determinante de la liberación del deudor primitivo, mantiene la relación existente entre éste y sus acreedores, a la vez que provoca el nacimiento de un nuevo vínculo entre el deudor originario o vendedor y el deudor por subrogación o comprador, en virtud del cual este último queda ligado para con aquél al pago de las deudas y a la posible resolución de la venta por incumplimiento de la obligación contraída»¹³⁷.

La resolución reaviva la polémica sobre la transmisión privada del clásico efecto extintivo de la novación de una obligación, siendo bien acogido entre la doctrina el sentido favorable judicial, en particular, Hernández Gil concluye su nota crítica sobre la resolución afirmando que «es muy digna de resaltar la facilidad con que la sentencia acoge la transmisión pasiva de las obligaciones en su variante de asunción de cumplimiento, punto que tanto se ha discutido dentro y fuera de nuestro Derecho, muchas veces, con innecesario recargamiento de la especulación. Y procede así, sin duda, a través de dos anchos cauces: la libertad de pactos, atributo de las partes, y la determinación de la voluntad por medio de la interpretación, atributo del juzgador»¹³⁸.

¹³⁷ Sigue la Sentencia declarando que «frente a la posición del demandante vendedor, que funda su pretensión resolutoria del contrato de compraventa en el hecho de que los demandados –herederos del comprador– no pagaron las deudas que su causante asumió en sustitución de la entrega del precio, declara probado la sentencia recurrida que el pago tuvo efecto respecto de alguna de las deudas, que otras no son aún exigibles por los acreedores al no estar vencidas, y que las restantes, de carácter hipotecario, no afectan al vendedor, porque de ellas responde directamente la finca vendida, en atención a lo que la Sala sentenciadora no aprecia la existencia de perjuicio alguno para el vendedor que justifique su pretensión de resolver la compraventa, máxime teniendo en cuenta que el retraso habido en el pago de alguna de las deudas estaría amparado por la moratoria establecida en la Ley de Desbloqueo y aún por la fuerza mayor obstativa que dimana de la guerra civil, durante la cual murieron el comprador y un hijo suyo, situando este acaecimiento a sus herederos, los demandados, en el trance dilatorio de formalización de su personalidad como tales herederos con las consiguientes dificultades para solventar puntualmente todas las deudas».

¹³⁸ Vid. «Comentario a la Sentencia de 12 de abril de 1945», cit. p. 405 (vid. también «El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, pp. 797 a 807).

En suma, la Sentencia hacía, en idéntico sentido que el B.G.B., una clara distinción entre la asunción interna de deuda, asunción de cumplimiento o promesa de liberación de la asunción de deuda liberatoria, frente a la figura tradicional de la novación subjetiva pasiva. Además otorgaba pleno valor y efectos a los acuerdos a los que hubiesen llegado los deudores entre sí, toda vez que cuestión distinta al consentimiento y aceptación del acreedor al cambio subjetivo pasivo, es el valor y eficacia de dichos pactos entre las partes que los han suscrito¹³⁹. De modo que con la doctrina alemana se concluía que una cuestión es la inoponibilidad de ese pacto al acreedor que no ha prestado su anuencia, y otra muy distinta es la eficacia del dicho acuerdo entre quienes están vinculados por su propia voluntad. Al valor intrínseco de la resolución se añade, a mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial que le sigue incontrovertida hasta ahora, ratificando la incuestionable omnipresencia del Derecho alemán.

Por su parte, justo es destacar que Hernández Gil¹⁴⁰ al comentar el valor de la Sentencia de 1945 se hacía eco del estado doctrinal previo a la resolución, destacando especialmente tanto las aportaciones de Cossío¹⁴¹ como las de González Palomino¹⁴². Adicionalmente, también traía causa de los tratadistas alemanes y suizos Enneccerus y Von Tuhr y sus *Comentaristas* y resumía con su habitual precisión y finura que en la transmisibilidad de las obligaciones «la obligación sigue siendo la misma; sólo cambia el deudor; se produce un simple fenómeno de sustitución, sucesión o transmisión»¹⁴³.

Como nueva evidencia del predicamento de las tesis germanas entre la mejor doctrina y la propia jurisprudencia, destaca también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946* que sencillamente afirmaba «aun cuando nuestro CC no haga referencia expresa a la asunción de deudas, únicamente regulada en el CC alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de

¹³⁹ Expresamente la Sentencia aceptaba «el hecho de haber sido pagadas por los demandados parte de las deudas transmitidas al comprador».

¹⁴⁰ También tuvo la oportunidad de ser Letrado defensor de los demandantes y recurridos en el procedimiento iniciado con un documento de permuta que se remontaba al 11 de octubre de 1943 cuya demanda se interpuso el 21 de febrero de 1944 y se resolvió en casación con la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1948, favorable también a los cambios de deudor con consecuencias meramente modificativas.

¹⁴¹ «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 8 de marzo de 1943», *AAMN*, I, II, 1945, pp. 187 a 206

¹⁴² «La adjudicación para pago de deudas», *AAMN*, I, 1945 y en *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Pamplona, 1964.

¹⁴³ «Comentario a la Sentencia de 12 de abril de 1945», *RGLJ*, 182, 1947, p. 405; *vid. también*, «El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, pp. 797 a 807.

aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio de la persona del deudor invocadas en este motivo del recurso, y si bien es lo cierto que éstas exigen para la eficacia de dicho cambio que el acreedor preste su consentimiento, lo que puede verificarse por el acreedor en cualquier momento y forma, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1908, es del mismo modo manifiesto que este requisito, como sostiene la sentencia de 13 de abril de 1918, está establecido en beneficio del acreedor y no puede ser alegada por los causahabientes del deudor, y por ello no cabe estimaren el caso presente la invocación que se hace de la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1943, y consiguientemente procede desestimar el primer motivo del recurso»¹⁴⁴.

Sentencia esta última¹⁴⁵ cuyos términos fueron comentados por el que también sería después Magistrado del Supremo y ponente, a su vez, de otras tantas interesantísimas resoluciones sobre la transmisibilidad de las obligaciones, Bonet Ramón. En su glosa fundaba la rectitud del pronunciamiento judicial en la atención, de nuevo, de las enseñanzas de Enneccerus y sus *Comentaristas*¹⁴⁶.

El sentido ratificado y acogido sin reticencias por la mejor doctrina, sería después también reiterado por muchas otras resoluciones de la que cabe destacar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947* cuya incidencia fue inequívoca como elemento sustentador de la posibilidad técnica de la novación subjetiva no extintiva sino modificativa¹⁴⁷. La Sentencia tiene el valor añadido de las propias alegaciones del Letrado recurrente quien pretende, infructuosamente, la aplicación del sentido germánico de la novación en lugar del texto literal del CC español¹⁴⁸.

¹⁴⁴ En este caso la resolución atiende a los motivos alegados por el recurrente, ya que la entidad demandante Granja, Lago y Compañía había demandado tanto a los hermanos parte del contrato originario como a los que adquirieron después una porción del solar; se había desestimado la excepción de falta de legitimación pasiva de estos últimos y habían sido condenados. El letrado alega en esta ocasión infracción entre otros del artículo 1205 con relación al 1257 del CC; se interroga infructuosamente el abogado «lo que la sentencia llama asunción de deuda por los demandados, ¿es cosa distinta de la novación de que se ocupa nuestro CC en la Sección sexta del capítulo cuarto del título primero del libro cuarto?». Seguía alegando a PLANIOL, SÁNCHEZ ROMÁN y a CASTÁN, si bien la intención del recurso no era tanto discutir la naturaleza de la novación como acreditar la falta de consentimiento del acreedor y demandante, al cambio de deudor operado.

¹⁴⁵ Dictada siendo ponente Juan de HINOJOSA.

¹⁴⁶ *Vid.* su Comentario publicado en la *RDP*, XXX, 1946, pp. 548 a 551.

¹⁴⁷ Baste para ello comprobar las anotaciones que hace BATLLÉ a los comentarios de DE BUEN, así «si la novación es un modo de extinguir las obligaciones, también puede ser mera modificación sin efectos extintivos. Los artículos 1203, 1204 y 1207 permiten entenderlo así, como ha consagrado el T.S. en sentencia de 29 de abril de 1947» (COLÍN, *op. cit.*, p. 298, nota 1).

¹⁴⁸ Alega el Letrado recurrente y demandado en primera instancia, Nicolás PÉREZ SERRANO que «pretende reformarse la argumentación del Juzgado de Instancia con alguna cita de autor extranjero, como Enneccerus, que nos parece poco feliz, dadas las diferencias

Con todo, la resolución desestima las alegaciones sobre la resolución del contrato de compraventa incumplido y ratifica que las sucesivas modificaciones del precio de los pinos objeto del contrato, no son sino meras alteraciones no extintivas del negocio pactado, «si bien el mencionado artículo 1204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto –novación extintiva–. No a la meramente modificativa, que el CC también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1207, y es lógico la admita porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distante de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 30 de diciembre de 1935 [...]»¹⁴⁹.

Del mismo modo, los tratadistas publican estudios en los que se consolida el entendimiento de la novación meramente modificativa y, en todo caso, proclive a los cambios de deudor. Esta tendencia es la que se impuso y contó con el favor de la mejor doctrina de la época, como Cossío y Corral cuya conferencia sobre la transmisión de las deudas tuvo una repercusión más que notable¹⁵⁰; aportación entendida a mayor abundamiento como contribución a la vanguardia del movimiento renovador del Derecho civil español¹⁵¹.

profundas que existen entre el Derecho alemán y el Derecho español sobre este particular. La novación se presenta como un acto jurídico de función doble, que, a la vez que extingue una obligación, hace nacer en lugar de ella una obligación nueva. El Derecho romano y el Derecho germánico, en ésta como en tantos otros puntos, difieren en cuanto que sea o no precisa la extinción total de la obligación primitiva para que el fenómeno de la novación se produzca. El sistema español vigente no puede catalogarse, en puridad, entro del sistema romano puro, ni tampoco dentro del germánico [...]. No prosperan los argumentos dada la evidencia de los hechos que acreditan que el recurrente como vendedor que fue recibió el precio anticipado por la venta de unos pinos que si no se pudieron cortar fue con motivo de la Guerra civil. Visto el incremento de los precios, el comprador se aviene a pagar más de lo ya abonado; con todo el vendedor decide alegar que se había producido la resolución de la venta de cosa mueble ante la falta de de recibimiento de la cosa por parte del comprador. Como sentencia la resolución «el comprador no se había presentado a recoger la cosa objeto de contrato antes de vencer el término fijado para su entrega al no constar que se hubiese señalado plazo alguno para los interesados» (STS de 29 de abril de 1947).

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947. Ponente Felipe Gil Casares.

¹⁵⁰ Vid. «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 8 de marzo de 1943», *AAMN*, I, II, 1945, pp. 187 a 206.

¹⁵¹ En la crónica cultural MARÍN PÉREZ destaca que en la Academia, notarios, registradores, juristas y catedráticos «van exponiendo en sus conferencias las directrices científicas que inspiren nuestro ordenamiento jurídico en gestación» («Conferencia del Prof. Cossío sobre el tema la transmisión pasiva de las obligaciones», *RGLJ*, V, 173, 1943, pp. 402 a 406).

Por su parte, Cossío fundaba la posibilidad técnica de la transmisibilidad de las obligaciones en el dictado del propio CC dada su apelación terminológica a la transmisión y a la modificación¹⁵², criterio compartido también entre otros por Beltrán de Heredia¹⁵³.

Pese a todo y como ya hemos tenido ocasión de relatar, siendo aquel argumento anterior útil para reforzar la sucesión singular de las deudas, lo cierto es que la cita de los dos verbos referido uno a la modificación y otro a la extinción encuentran, en puridad, su sentido último en la tradición jurídica justiniana ya que extinción se empleaba como sinónimo de novación, frente a la acción de acumular fenómeno éste que implicaba la modificación por la incorporación de un nuevo deudor. Quizá dicho argumento terminológico pueda ajustarse con más precisión a la modificación de alguna de las condiciones –mejor circunstancias o cláusulas– de carácter objetivo y en suma a la denominada novación objetiva del 1203.1 no desarrollada en el articulado que le sigue¹⁵⁴.

Otra nueva evidencia de la inescindible unión e interdependencia que existía entre la doctrina proclive a la libre transmisibilidad y la doctrina del Tribunal Supremo, es la *Sentencia de 10 de febrero de 1950*¹⁵⁵ que, a su vez, dio lugar a una nota crítica jurisprudencial de Jordano Barea¹⁵⁶ teniendo en cuenta también que en las

¹⁵² Argumento también compartido por otros grandes civilistas de la época como NÚÑEZ LAGOS quien atribuye efectos a la doble consideración de la novación como modificación y causa extintiva (*vid.* «La cesión del contrato», *RDN*, 1956, p. 21) y con él CASTÁN (*Derecho Civil español, común y foral, III, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.ª ed., p. 487).

¹⁵³ Con la claridad y rigor de las resoluciones firmadas como Ponente, en este caso se pronuncia en su Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1983 en un asunto sobre nulidad de cláusula de estabilización en un contrato de arrendamiento. En la resolución desestima el recurso interpuesto. En el caso de autos se declara la nulidad de dicha cláusula y recupera su valor otra distinta y dice como Ponente «que dicha modificación sea llamada novatoria, pues con ello no se hace sino seguir el criterio de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, que, a su vez, se basa en la incorrecta sistemática de nuestro CC, que titula “De la novación” la sección sexta, título primero del Libro cuarto, donde se incluye el artículo 1203 en que se dice que “las obligaciones podrán modificarse”».

¹⁵⁴ Por su parte, HERNÁNDEZ GIL con su finura habitual reiteraba que «modificar y varios, se escribió así para evitar repeticiones como muestra del legislador tan cuidadoso de 1889» («El ámbito de la novación objetiva modificativa», *RDP*, XLV, 1961, p. 797). Sentido y apreciación también elegida por DE CASTRO Y BRAVO quien en una favorable crítica al texto codificado afirmaba que «nuestro Código, que carece de exactitud terminológica, ha preferido disponer de sinónimos que permitan evitar repeticiones y cacofonías; ello que sería un defecto en un Código técnico, no lo es en uno de carácter popular» (*Derecho civil de España. Parte General, Tomo Primero, Libro Preliminar, cit.*, pp. 173 y 174).

¹⁵⁵ Siendo ponente Felipe GIL CASARES y, con la particularidad que en la colección oficial se desliza un error en la transcripción por el que se omite el término «modificativa» como una nueva prueba de la constante presencia de estos errores como anecdótico fenómeno que acompaña a la institución.

¹⁵⁶ *Vid.* «Asunción de deuda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», *ADC*, III, IV, 1950, pp. 1379 a 1380.

alegaciones del Letrado recurrente se hacía gala y fundaba sus pedimentos en la doctrina de Enneccerus¹⁵⁷.

Los hechos de aquella Sentencia daban cuenta de un pacto por el que uno de los socios –de una Sociedad que se estaba retrasando en el cumplimiento de ciertos contratos vencidos– asume la obligación de pagar la deuda pendiente y contraída por la persona jurídica de la que forma parte; a la vista de la estimación en la apelación de las alegaciones de la nueva deudora sobre la extinción de la relación precedente, el Tribunal Supremo casa y estima el recurso presentado por la acreedora toda vez que «se operó indudablemente una novación modificativa de las obligaciones existentes por cambio de deudor, no pueden estas obligaciones reputarse extinguidas».

En su *Comentario* Jordano Barea ordena la doctrina inmediatamente anterior a la resolución, funda los antecedentes doctrinales favorables en De Diego y concluye su trabajo declarando que «la sentencia define muy correctamente la asunción de deuda “el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo”», cuestión a la que añade que «no debe olvidarse que la transmisión del débito es el medio jurídico más práctico, natural y sencillo de transferir el *onus* o encargo económico de la deuda, superior con mucho al artificioso y retorcido procedimiento de la novación»¹⁵⁸.

Poco tiempo después e imprescindibles para esta dinámica favorable a la transmisibilidad y profundamente entroncada en la doctrina germánica de la que bebía, verían la luz las aportaciones de García Amigo¹⁵⁹. Por su parte, unos años más tarde García Valdecasas resumió brillantemente la lógica de las deudas y su cesión¹⁶⁰.

Y todo ello con la presencia constante de las aportaciones de los anotadores del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus¹⁶¹,

¹⁵⁷ Así se hace en el Motivo segundo del recurso interpuesto por cuanto alega «en último término –según sostienen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus “Adiciones a Enneccerus”, tomo II, vol. I, pp. 411 ss.–, la novación no es expresión jurídica que tenga en el Código español una significación rigurosa de modo de extinguir las obligaciones, pues que puede significar igualmente modificación de las mismas; entre otros argumentos, por la palabras “modificarse” que emplea el artículo 1203. En este sentido, aunque se entendiera que los primitivos documentos representaban contratos de préstamo mercantil, habrían sido modificados por la escritura de subhipoteca, haciéndoles perder esa naturaleza calificado-ra».

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 1380.

¹⁵⁹ *Vid.* «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, XLVII, 1963, pp. 25 a 45, así como *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.

¹⁶⁰ *Vid.* «La sucesión en las deudas a título singular», *Estudios de Derecho civil en honor al prof. Castán Tobeñas, II*, Pamplona, 1969, pp. 209 a 226.

¹⁶¹ *Vid.* ENNECCERUS y LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Doctrina general*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁ-

Pérez González y Alguer¹⁶², manual de referencia entre doctrina y práctica, circunstancia que contribuye notablemente a la fijación definitiva de esta corriente favorable a la admisibilidad de la transmisión de las relaciones obligatorias.

En definitiva, tanto la traducción de aquella obra de Enneccerus como sus *Comentarios* gozaron de singular fortuna en esta materia, cuya base teórica ya estaba sólidamente preparada por las corrientes krausistas y por la revisión y puesta en cuarentena de las doctrinas galas al tildarse estas últimas de poco consistentes y carentes de la solidez de los argumentos germánicos.

De lo dicho se sigue que el *Tratado* se erige como elemento casi definitivo que consolida el consenso prácticamente unánime sobre la aceptación del cambio de titularidad pasiva, con o sin consecuencias extintivas del vínculo. Este gran bloque doctrinal relativamente homogéneo acepta la transmisibilidad del lado pasivo¹⁶³.

Con todo y pese a que la conclusión, como decimos, es prácticamente unánime y afirmativa de la libre transmisibilidad, lo cierto es que también se pueden encontrar diferencias argumentativas entre la doctrina que suscribe la posibilidad de la sucesión singular de las deudas. Pero todas fundaban, sin excepción, sus tesis en aquellas aportaciones, demostrando conocer y compartir las objeciones que en el *Tratado* se hacían al dogma opuesto.

Este último extremo es fácilmente contrastable en los estudios que se acaban de mencionar, desde el de De Diego¹⁶⁴, Cossío y Corral¹⁶⁵,

LEZ Y ALGUER, Barcelona, 1933, 1.ª ed. Barcelona, 1954, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU.

¹⁶² Antes de concluir las anotaciones que hiciera con PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER publicó, a su vez, un extenso artículo dedicado a distintos problemas del Derecho privado, en que ya manejaba exhaustivamente a los tratadistas alemanes (*vid.* «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil», *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36 a 152).

¹⁶³ Así, por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1971, con idénticas conclusiones que ENNECERUS (*vid. II, I, cit.*, p. 225) «que para poder realizar con acierto el deslinde entre una y otra clase de novación hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y la significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes, estando conformes la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial que en los casos más dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación —Sentencias de 30 de diciembre de 1935, 27 de abril y 11 de junio de 1947, 10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 3 de mayo de 1958, 20 de diciembre de 1960 y 6 de junio de 1961—».

¹⁶⁴ *Vid. Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, *cit.*, p. 274.

¹⁶⁵ En esta Conferencia sobre «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular» impartida el 8 de marzo de 1943, en la Academia Matritense del Notariado, demostraba un profundo conocimiento de las fuentes directas alemanas así como del Código germánico (en particular, *vid.* p. 202). Especialmente destacable es que el tema objeto de la conferencia fuese escogido a iniciativa de la Comisión académica de la institución tal y como menciona el Catedrático de la Universidad de Sevilla (*vid.* p. 187). Se publicaría en los Anales de la Academia dos años después en un tomo que compartió protagonismo con otra conferencia trascendente en la materia de GONZÁLEZ PALOMINO sobre «La adjudica-

Hernández Gil, Jordano Barea¹⁶⁶, García Amigo¹⁶⁷ y García Valdecasas¹⁶⁸. Además también cabe destacar su alegación por parte de los Letrados recurrentes en casación ya que en más de una ocasión se pueden encontrar evidencias con las que se acredita que la doctrina germana había calado hondamente no sólo entre la mejor doctrina y en los estudios teóricos sino también en la práctica forense que se había impregnado también de la germanofilia imperante¹⁶⁹.

D) La evolución del pensamiento de Castán: la categoría de la transmisión de las obligaciones como fenómeno diverso de la extinción novatoria

De forma menos contundente pero no por ello menos firme y con el valor propio y privilegiado de su Presidencia en el Tribunal Supremo, Castán se alineó con distintos argumentos, a favor de la transmisibilidad¹⁷⁰.

ción para pago de deudas» (publicada también esta Conferencia desarrollada en la Academia Matritense del Notariado el 22 de marzo de 1943 en los *Estudios jurídicos de arte menor*, I, Universidad de Pamplona, Navarra, 1964, pp. 189 a 313), y con otra más que también es básica para este estudio como es la de NÚÑEZ LAGOS sobre «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial».

¹⁶⁶ Vid. «Asunción de deuda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», *cit.*, p. 1373.

¹⁶⁷ Vid. «La transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.*, p. 31, si bien directamente del original alemán (*vid.* p. 41, que se hace eco de las *Notas*).

¹⁶⁸ Vid. «La sucesión en las deudas a título singular», *cit.*, p. 222.

¹⁶⁹ Es el caso de las alegaciones del Letrado Antonio NOGUERA BONERA en la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo el 14 de diciembre de 1943, donde se estima el recurso interpuesto, se casa y dicta segunda sentencia. El asunto versaba sobre el encargo hecho por el recurrente a su cuñado para la adquisición de 1000 libras esterlinas y 1000 dólares en moneda oro; una vez realizada la adquisición las patrullas de control de la «subversión marxista» le ocuparon el expresado metálico; después el cuñado realiza ciertas gestiones para recuperarlo llegando a obtener un pagaré y encarga a su dependiente que cobre el resguardo; los billetes que devuelve después el dependiente no resultan ser los mismos que los entregados. Pues bien, el recurrente alega culpa o negligencia en la falta de cumplimiento de las obligaciones encomendadas ya que su cuñado había delegado, sin transmisión del mandato, a otro las facultades de las que había sido investido. De modo que al no haber habido transmisión del mandato sino delegación el mandatario sigue siendo responsable incluidos los actos de los auxiliares que designó por propia iniciativa. Como decimos además del interés específico del caso e indirecto para la materia que nos ocupa ya que al tratarse de una delegación subsiste el régimen jurídico inicial, lo cierto es que prosperan las alegaciones del demandante y recurrente que se funda exitosamente en ENNECCERUS y en sus traductores (*vid.* STS de 14 de diciembre de 1943, *Jurisprudencia civil colección completa, bajo la dirección de Castán Tobeñas, 1943, tomo IV*, Madrid, 1944, pp. 637 y 640). También el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1943 esta dictada por CASTÁN y recogida más arriba.

¹⁷⁰ En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1943, siendo Ponente el Magistrado José Castán, acerca del valor del silencio y de los efectos no novatorios de las operaciones bancarias de mediación en los pagos, presenta además la particularidad de incluir una nota en la que se dice: «los términos expositivos de

En sede de discusión sobre la cesión y el subarriendo de vivienda, Castán sostuvo que «el arrendamiento es un contrato bilateral, que impone al arrendatario no sólo derechos, sino también obligaciones, y, en consecuencia, no ha poder el arrendatario desligarse de esas obligaciones sin consentimiento del arrendador. Pero si esto es así, ¿puede hablarse de verdadera cesión de arrendamiento? Ésta, en realidad, no cabe más que bajo forma de novación, y la novación no es una cesión propia». El tenor de esta afirmación, por cierto, hizo sostener a De Castro y Bravo, encendido defensor de la intransmisibilidad de las deudas –salvo la realizada mediante el cauce de la novación extintiva–, que así Castán entendía la novación¹⁷¹.

En el mencionado *Comentario*, Castán, al oponerse a la figura de la cesión de contrato como antagónica a la natural consecuencia extintiva de cualquier modificación pasiva, impugnaba la posible transmisión de deudas. Más tarde, en su *Tratado* incluiría una sección dedicada a tal transmisión y aceptaría como categorías diferenciadas en la novación la de efectos extintivos y la meramente modificativa. Las sucesivas ediciones de su *Derecho Civil español, común y foral*, fueron recogiendo las opciones doctrinales y jurisprudenciales que reconocían la transmisibilidad de las obligaciones. Incorporó a sus explicaciones la novación modificativa como categoría plausible. Con esta línea se perfila la novación como género y la extinción/modificación propia/impropia como especie. Por fin, como ya se ha destacado, dedica un extenso epígrafe a la transmisión de las obligaciones tanto desde el lado pasivo como del pasivo precediendo al estudio de las causas de extinción¹⁷².

E) **La aprobación del nuevo CC italiano y la redacción del artículo 118 de la Ley Hipotecaria española como evidencias legislativas que ratifican la admisión dogmática de la transmisión de deuda**

A los extremos anteriormente puestos en evidencia, se añade la coincidencia cronológica de aquellas resoluciones judiciales y doc-

opiniones doctrinales y muy cautelosos empleados en la sentencia anotada, no permiten afirmar si el criterio recogido en la misma queda en ella consagrado y aceptado con valor jurisprudencial», sigue después con la cita expresa de DE DIEGO y el Silencio en el Derecho como la mención a los Anotadores del ÉNNECCERUS, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (vid. *Jurisprudencia civil, arreglada y anotada por la RGLJ bajo la dirección de CASTÁN TOBEÑAS, IV, 1943*, Madrid, 1944, p. 419).

¹⁷¹ Vid. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1927», *RDP*, XV, 1928, p. 162 y CASTRO Y BRAVO, «Cesión de arrendamiento y subarriendo», *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, p. 144 nt. 1.

¹⁷² Vid. tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1992, 16.^a ed., pp. 364 ss., así como 486 ss.

trinales españolas en favor de la sucesión singular con los estudios preparatorios del nuevo CC italiano y la traducción de varios tratadistas con la habitual difusión del pensamiento transalpino. Como muestra la aportación de Bigiavi, quien describe críticamente la definitiva opción del legislador con su recurso al expediente del reenvío¹⁷³. Con todo, lo cierto es que existía general consenso entre la ciencia jurídica italiana sobre la necesidad y sentido de la revisión codificada, así como la voluntad expresa del legislador en emplear eficazmente la economía normativa que evitase reiteraciones innecesarias¹⁷⁴.

El texto italiano, en sede de novación, no regula sino la que opera por cambio de objeto. Cuando llega el momento de sistematizar la novación subjetiva pasiva¹⁷⁵, el artículo 1235 remite a los términos prevenidos por el capítulo VI «De la delegación, de la expromisión y de la asunción», sin atribuir relieve práctico a la distinción entre novación y sucesión en la deuda evitando, en suma, encuadrar estas figuras como instituciones novatorias¹⁷⁶.

Todas estas cuestiones tendrían un indudable valor preparatorio de la modificación de la Ley Hipotecaria española a la que, en suma, se puede decir que acompañan hasta su definitiva aprobación. Coinciden y envuelven cronológicamente al *iter* legislativo de la reforma del año 1944 que incluyó, expresamente, el caso y las consecuencias de la transmisión de finca gravada con hipoteca y la susceptibilidad de la sucesión de la responsabilidad personal¹⁷⁷. El nuevo artículo 118 también atribuye relevancia y eficacia jurídica *inter partes* a los acuerdos a los que pudieren llegar los deudores si bien la oponibilidad de dichos pactos quedaba reservada para los supuestos en que el acreedor prestase su aquiescencia al cambio pasivo¹⁷⁸.

¹⁷³ Vid. BIGIAVI, «Novazione e successione particolare nel debiti», *Diritto e pratica commerciale*, I, 1942, pp. 71 a 86 y 116 a 132; texto que tradujo Beltrán de HEREDIA Y CASTAÑO, publicándose como «Novación y sucesión en la deuda a título particular, en el nuevo Código Civil italiano», *RDP*, XXVII, 316 y 317, 1943, pp. 489 a 507.

¹⁷⁴ Vid. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, Padova, 2004, pp. 3 ss.

¹⁷⁵ Por lo que a la erróneamente concebida por el CC español como novación subjetiva activa, se encuentra en el italiano en sede de cumplimiento y en particular bajo la denominación técnica «Del pagamento con surrogazione» (*vid.* arts. 1210 a 1215).

¹⁷⁶ Y sistemáticamente la novación se integra, junto a la remisión, a la compensación, a la confusión y a la imposibilidad sobrevenida, entre los modos de cumplimiento distintos del pago (cap. IV), frente a los fenómenos de la expromisión, asunción y delegación que sencillamente se integran en el capítulo VI intitulado «Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo» (*vid.* MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 228 ss.).

¹⁷⁷ Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944.

¹⁷⁸ El artículo 118 de la Ley Hipotecaria, dice: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obliga-

Como es sabido y gracias a dicha previsión normativa, buena parte de la doctrina coetánea y también la propia jurisprudencia entendió que, definitivamente se había dado carta de naturaleza legal a la asunción de deudas. Se añadía así un renovado argumento en favor de la sucesión singular de las deudas¹⁷⁹ con el valor irrefutable de tratarse de derecho de directa aplicación.

Adicionalmente a aquel supuesto, la reforma incorporaba otra figura interesante para el estudio como es el caso de la hipoteca de responsabilidad limitada, cuestión ésta que no presentó el mismo consenso doctrinal reverdecido, en este sentido, el debate sobre la transmisión de las deudas¹⁸⁰. Al fin y al cabo la doctrina sostenía¹⁸¹ que la transmisión de la finca sobre la que pesa un derecho real limitado al bien en exclusiva, implica por el adquirente la asunción automática *ope legis* de la deuda pendiente¹⁸².

ción garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se reintegre el total importe retenido o descontado» (*vid.* en la materia, el trabajo crítico sobre este precepto de AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, pp. 10 a 66).

¹⁷⁹ *Vid.* LA RICA Y ARENAL, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», *Libro homenaje a Don Ramón De La Rica y Arenal*, I, Madrid, 1976, p. 147.

¹⁸⁰ El caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, es decir, la hipoteca de responsabilidad limitada, excepciona los artículos 105 y 1911 del CC. Los términos de aquel artículo 140 son los siguientes: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121». En todo caso, sobre este artículo que se acaba de transcribir y la hipoteca de responsabilidad limitada, la doctrina se divide en el tratamiento del cambio de deudor en los supuestos en que el titular del bien ejerza su poder de disposición. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN no creen que se transmite el bien hipotecado se produzca una asunción forzosa de la deuda (*vid. Sistema de Derecho Civil III, cit.*, p. 557); por el contrario, otro nutrido sector sostiene la automaticidad del cambio de sujeto pasivo de la deuda entendido como un caso de subrogación legal (*vid. ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, IV*, Barcelona, pp. 192 ss., AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, p. 66). Con todo, esta afirmación es difícil de coonestar con las acciones que asisten al acreedor garantizado, distintas de la ejecución hipotecaria. Además, en defecto de pacto expreso serán de aplicación tanto la facultad resolutoria del 1124 como la acción del 1502 del CC, por lo que a la suspensión del pago del precio se refiere.

¹⁸¹ *Vid.* MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 155 ss. y 255 ss.

¹⁸² Aunque no sea éste su lugar, esta afirmación es más que dudosa, toda vez que la afección específica de la finca no impedirá su ejecución, sea quien sea el titular, por lo que el titular no deudor o tercer poseedor se verá forzado a pagar la deuda ajena o, en su caso, a desamparar la finca como tercer poseedor que es.

F) Roca Sastre y Puig Brutau: la relativa admisibilidad de la transmisión de las deudas

Con todo, y pese a la mayoritaria aceptación de las tesis germánicas, lo cierto es que la doctrina también reparó en las dificultades y resistencias que ofrecía el acomodo de este instituto en un sistema como el español. Así, y por su parte, Roca Sastre y Puig Brutau adoptan una posición intermedia¹⁸³.

En síntesis, si bien no se oponen a la libre transmisibilidad, tampoco ocultan las resistencias teóricas y prácticas que presenta la pervivencia de la relación obligatoria en que se ha reemplazado al deudor. En particular se detenían en el análisis de las excepciones a disposición del nuevo deudor ya que, a su juicio, resulta difícilmente sostenible que este último disponga de idénticas excepciones que las ostentadas, en su momento, por el deudor primitivo. Tampoco resultaba sencillo resolver la debida conservación por parte del acreedor de las garantías de la obligación primitiva¹⁸⁴.

Igualmente el mencionado régimen de excepciones y de garantías, les hace concluir que el sujeto que asume la deuda de otro no conserva incólume la posición jurídica del primitivo deudor; en suma «la tan deseada equiparación entre la transmisión de la obligación por el lado activo (crédito) y por el pasivo (deuda), estimamos que es inasequible»¹⁸⁵. En definitiva ponían de manifiesto las propias particularidades que ofrece la sucesión singular de las deudas ya recogidas por el B.G.B.¹⁸⁶.

G) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 siendo ponente Bonet Ramón: el B.G.B. y la literatura alemana como fuente de la doctrina jurisprudencial

El año 1960 fue un año prolífico en estos aspectos ya que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en diversos asun-

¹⁸³ Vid. «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular» y «Responsabilidad por débito ajeno», *cit.*, 1948, pp. 295 a 321 y pp. 188 a 197, respectivamente (tampoco desdennan las traducciones de la obra de ENNECERUS: así *vid.* pp. 189 y 295).

¹⁸⁴ En la traducción y anotaciones a la obra de BOHEMER, PUIG BRUTAU como buen conocedor de la doctrina germana sostiene que «la regulación jurídica adaptada normalmente a determinada situación puede utilizarse luego para otra finalidad, como un recurso para lograr efectos directamente queridos, pero indirectamente buscados... La aplicación de reglas de Derecho a situaciones distintas de las que motivaron la creación de aquéllas es admisible mientras no se persiga un resultado que perjudique intereses legítimos» («Ampliación judicial de la ley: creación jurídica *praeter legem*», *El derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*. Traducción y anotaciones de derecho español por PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959, p. 355).

¹⁸⁵ «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, pp. 315 y 318.

¹⁸⁶ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.*, pp. 217 ss.

tos relativos a la asunción de deuda, a la novación y a la posibilidad de la sucesión singular de las deudas¹⁸⁷.

En este sentido, si acaban de ser mencionadas las *Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1945, 22 de febrero de 1946, la de 29 de abril de 1947 o la de 10 de febrero de 1950* como muestra de la recíproca interrelación de la doctrina y la jurisprudencia, ahora veremos otra resolución que con más fuerza, si cabe, evidencia la anterior tesis.

Es el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960*, dictada siendo Ponente Bonet Ramón que se erige en expresión sintética de las anteriores perspectivas doctrinales y jurisprudenciales, y se convierte en el mejor exponente del abandono del sistema romano-francés y el definitivo acogimiento de los principios germánicos¹⁸⁸.

Varios son los factores relevantes de la resolución de la que fue ponente Bonet Ramón quien, a su vez, era un buen conocedor de las resoluciones dictadas recientemente en la materia de estudio. Previa a la Sentencia en cuestión, había publicado varios comentarios a resoluciones judiciales cuyo objeto se centraba especialmente en la transmisión singular de las deudas y otras materias afines¹⁸⁹. A mayor abundamiento, la Sentencia en sí se constituye en uno de los ejemplos paradigmáticos de la fuerte influencia ejercida por la doctrina alemana, evidenciada tanto en la directa importación de figuras e instituciones del B.G.B. y de su interpretación, como por la trascendencia y atención doctrinal recibida¹⁹⁰.

En la mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960* se ventilaba un asunto en que un tercero ajeno a una deuda se había comprometido a pagar caso de no ejecutar la

¹⁸⁷ En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1960; 24 de febrero de 1960; la de 23 de marzo de 1960 o la de 8 de noviembre de 1960.

¹⁸⁸ La Sala estaba formada, además de Francisco BONET RAMÓN, por Manuel de la PLAZA, Acacio CHARRÍN Y MARTÍN-VEÑA, Juan SERRADA, Francisco EYRÉ VARELA.

¹⁸⁹ Vid. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1943», *RDP*, 1943, pp. 654 ss.; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1946», *RDP*, XXX, 352-353, 1946, pp. 548 a 551; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1947», *RDP*, XXXI, 364-365, 1947, pp. 687 a 689; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1947», *RDP*, XXXII, 372, 1948, pp. 370 a 372; «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1947», *RDP*, XXXII, 372, 1948, pp. 239 a 241. Asimismo, estudió otras nociones muy apegadas a las concepciones germánicas, como «La prestación y la causa deuditoria», *RDP*, LXX, 1968, pp. 205 a 232; «Los contratos en favor de tercero. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14 de junio de 1957», *AAMN*, XII, 1961, pp. 211 a 245; «La Ley de Bases del CC», *Anales, REAJL*, 19, 1988, pp. 319 a 346.

¹⁹⁰ En la segunda edición, los comentaristas del *Tratado* se hacían eco de cómo sus conclusiones sobre la novación, transformación y asunción, habían sido recogidas en un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo (vid. ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, tomo II, vol. I.*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *cit.*, al cuidado de PUIG BRUTAU, p. 420).

prestación el deudor principal. El juzgador entendió que se trataba de un supuesto de adhesión a la deuda, rechazándose las pretensiones del tercero que aducía haber suscrito un contrato de fianza, siendo desestimado el recurso de casación interpuesto. De conformidad a su dictado, el adherido, con su intervención, se había transformado en deudor solidario y no en el garante personal subsidiario que pretendía y alegaba ser infructuosamente¹⁹¹.

En su virtud, la obligación del tercero se conforma como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo. En este sentido Hedemann al ocuparse de esta «asunción acumulativa o de refuerzo» destacaba, además de su origen etimológico (de *cumulus*, montón, pluralidad), el hecho de que el nuevo deudor no se colocase en el lugar del antiguo sino *junto a él*; advirtiendo en todo caso que tal «coasunción de deuda», no se encuentra prevista en el B.G.B. y que se trataba analógicamente con el supuesto previsto en el § 773 o fianza de la propia deuda¹⁹².

Pues bien, a la vista de estos antecedentes y con la intención de ratificar esta influencia directa de la doctrina germánica en general y de Enneccerus en particular, se trae razón literal de la Sentencia. En su Considerando segundo se declaraba que «se configura como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo por el demandado, hoy recurrente, en cuya virtud, al asumir la deuda de Pineda, ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza, en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal [...]».

Las concomitancias del párrafo transcrito con la definición ofrecida por Enneccerus y Lehmann son incontestables. Esta figura se pretende distinguir nítida y cuidadosamente de la asunción de deuda, toda vez que el B.G.B. sólo reconoce como tal la que libera al deudor

¹⁹¹ Los términos vertidos en documento privado decían: «por este documento, declaro yo, Vicente BALDOVÍ VIVES, en nombre propio y en el de mis hermanos señores don Enrique y don Julian, que me comprometo a entregar al señor don Casimiro Alcón Solero, vecino de la Garrovilla, la cantidad de 84.184.08 pesetas, si en el plazo de dieciséis días, o sea antes del día 20 del corriente mes de enero de 1953, el señor don José María Pineda Ventura no las abonara, por ser esta cantidad la que le corresponde pagar a este señor en la liquidación que se ha verificado con motivo de la rescisión de un contrato de compraventa, y a la que está él obligado a su abono por ser deudor solidario con este señor».

¹⁹² Vid. *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958, pp. 210 ss.; 470 ss. En este sentido acierta INFANTE RUIZ al atribuir el origen de la asunción acumulativa a la doctrina alemana de Pandecta, ya que se reproduce literalmente; por eso también desenfoca la auténtica procedencia de la institución, al obviar su sede en el 1204 del CC y en la intelección justiniana de las presunciones (*Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, pp. 142 ss.).

primitivo. En particular, describen la asunción acumulativa o de refuerzo como aquella que «en su virtud, el que asume la deuda ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario». Líneas después, se desentrañan las disparidades de la asunción acumulativa con la fianza, al decir que «la adhesión a la deuda se diferencia esencialmente de la fianza, incluso de aquella en que el fiador renuncia a la excusión. En efecto, el que se adhiere a la deuda la asume como propia queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; en cambio, el fiador asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal»¹⁹³.

Sin duda, la resolución judicial anterior es uno caso paradigmático de la importación directa por el juzgador del sistema alemán de ciertas figuras que, en puridad, ya estaban presentes en nuestro Derecho con denominación y efectos relativamente coincidentes¹⁹⁴.

De hecho esta asunción de deuda de refuerzo no es otra cosa que la acumulación del artículo 1204¹⁹⁵ precepto que, al exigir la presencia de la intención novatoria, hace que en su defecto las relaciones o los deudores se acumulen. En síntesis, con la más pura tradición jurídica patria y de conformidad a la justinianeana, en ausencia de mención expresa liberatoria, el nuevo deudor se acumula al preexistente¹⁹⁶. Cuestión distinta es que en el caso de autos se pudiera deducir existente, antes que una acumulación, una fianza sobrevenida.

¹⁹³ *Derecho de Obligaciones*, en ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *Tratado de Derecho Civil, tomo II, vol. I.*, traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, p. 413; *vid.* también la p. 422, donde los comentaristas destacan la flexibilización del requisito de la mención expresa de la solidaridad.

¹⁹⁴ Por otra parte, el caso recogido no es el único, sucede también con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1941 cuya coincidencia con el mandato de crédito previsto en el antiguo párrafo 778 del B.G.B. también resultaba llamativa (se utiliza el pasado por la nueva redacción dada a este precepto en la reforma de 2002). Por su parte, GETE-ALONSO Y CALERA reproduce otro buen exponente de esta importación de conceptos ajenos producido con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956, en la «que se copia, literalmente, la construcción, que acerca del reconocimiento de deuda, se ofrecen en el Derecho Alemán y en particular la adaptación de la misma al Derecho español llevada a cabo por los traductores y anotadores de ENNECCERUS, LUDWING-LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho de Obligaciones*. PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José, 3.ª ed. adaptada por FERRANDIS VILELLA, José, vol. 2, 2.ª parte. Barcelona 1996, pp. 865 ss.» («Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, II*, Madrid, 1988, nota 10). Sucede lo mismo en la construcción del negocio fiduciario recibida por el sistema español del germánico, denotativo de la fuerte xenofilia de la jurisprudencia española (*vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, *La Adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000, p. 55).

¹⁹⁵ «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

¹⁹⁶ El tenor de la Partida 5, Tit. XIV, L. XV, dice: «[...] Mas si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renovase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse,

En suma, como ya se ha tenido ocasión de comprobar, si el efecto único en la estipulación novatoria clásica romana era la invariable extinción de la relación precedente que se veía sustituida por la nueva, en la época justiniana por prudencia y sentido práctico, con la intención de evitar la incertidumbre de la aplicación de presunciones ajenas a la propia voluntad de las partes, se determina que, en defecto de declaración expresa del *animus novandi*, el nuevo deudor se acumularía al precedente¹⁹⁷.

De modo que a partir del Derecho justiniano dos son los efectos posibles en los pactos suscritos entre el acreedor y el nuevo deudor, la novación y la acumulación, consecuencias ambas a las que se puede llegar por distintos procedimientos. Y en este sentido, es especialmente reseñable que el juzgador –como buena parte de la doctrina–, eligiera continuar con las calificaciones institucionales germánicas fundadas en la sucesión singular de las deudas antes que recurrir a instituciones existentes y propias.

Con la mencionada Sentencia además se evidencia un estado de cosas donde la doctrina pasa a ser fuente de los pronunciamientos judiciales, ratificándose en definitiva la deseable interdependencia de la dogmática civilista y la doctrina legal¹⁹⁸.

H) De Castro y las tesis de Sancho Rebullida: el cambio de deudor como *effectus iuris* de la *expromissio*. La inadmisibilidad de la transmisión de las deudas a título singular: Cristóbal Montes y Gete-Alonso Calera

En cuanto a la formulación doctrinal que defiende que la novación es necesariamente extintiva –incluyendo la que se produzca

que dauva por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renouamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincarian obligados por la debda, tambien el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serian quitos de la obligacion principal [...].»

¹⁹⁷ Constitución del año 530 (C.8.41.8; I.3.29.3).

¹⁹⁸ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1962 en un asunto sobre reclamación de unas acciones y novación objetiva, el Letrado recurrente fue Cossío; con todo las alegaciones no prosperaron siendo Ponente Bonet Ramón, quien reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de junio de 1947 «la novación comprendida por el CC entre los modos extintivos de las obligaciones ofrece la singularidad que le caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarlo o sustituirla por otra, y como ambas no puede subsistir, ya que si esto ocurriera, no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia, y que únicamente cuando esto no sucede aquélla no se extinguirá, sin que sea dudoso que no es otro el sentido atribuible al artículo 1203 del CC» (la novación objetiva consistió en la extinción de un depósito ordinario de acciones por otro de cuenta de crédito con garantía de aquellos valores).

por cambio de sujeto pasivo—, fue mantenida en su momento por De Castro.

El Prof. De Castro, sobre la transmisión particular de las deudas mantenía «los esfuerzos, tan inteligentes y bien intencionados, de De Diego no han logrado, en mi modesta opinión, fundamentar suficientemente, en nuestro derecho, una teoría de la sucesión particular de las deudas a título particular. Aparte de las dificultades que la teoría de la sucesión en las deudas lleva consigo, aun en la misma legislación alemana, en nuestro Código encuentra escollos insuperables. ¿Puede existir en nuestro derecho algún caso en que un nuevo deudor se sustituya en lugar del primitivo sin entrar dentro del supuesto de novación regulado por el artículo 1205? La respuesta me parece que tiene que ser, mientras nuestra legislación no se modifique, negativa. Si no fuera así, sería preciso acudir para su regulación, por analogía, a otras instituciones, y todas nos llevaría a resultados absurdos o injustos (así la aplicación de los artículos 1212 ó 1528), pues continuarían subsistiendo las obligaciones accesorias, con lo que se produciría una alteración de una deuda (se sustituye el primer deudor, arrendatario, por el nuevo) sin la intervención del sujeto obligado»¹⁹⁹.

Por su parte, De Buen adoptó estas tesis para negar la capacidad de que las deudas fuesen transmitidas sin la extinción subsiguiente de la relación afectada²⁰⁰. Esta posición sería enmendada después por Batllé, quien a la vista de la copiosa y unánime doctrina y jurisprudencia, rectificó la inadmisibilidad de la sucesión singular²⁰¹.

En todo caso, el autor más relevante tanto por la seriedad de las razones que opone como por el tratamiento que otorga a la *novatio* fue Sancho Rebullida. Desde esta perspectiva sostiene la absoluta inadmisibilidad de la novación modificativa y, en particular, rechazaba frontalmente la denominada transmisión de las deudas por oponerse a la misma naturaleza de las cosas²⁰².

En su opinión y con buena parte de la doctrina clásica italiana, ni siquiera resulta posible verificar mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada la asunción de deudas; única y exclu-

¹⁹⁹ «Cesión de arrendamiento y subarriendo», *RGLJ*, LXXIX, 156-II, 1930, pp. 143 y 144.

²⁰⁰ *Vid.* COLÍN, *op. cit.*, p. 355.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 298, nota 1.

²⁰² *Vid.* «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, XXXVIII, 404-405, 1962, pp. 1 a 22; *La novación de las obligaciones*, *cit.*, monografía cuyo origen se remonta a la exposición oral del tercer ejercicio a cátedra, celebrado en julio de 1961; «Comentario a los artículos 1203 a 1213», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, pp. 593 a 792; «Comentario a los artículos 1203 a 1213», en *Comentario del CC, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.^a ed., pp. 294 a 318.

sivamente será viable y legal cuando se reconduzca por la vía novatoria²⁰³.

Los procedimientos para que se produzca la función económica de la transmisión de deudas son tres: además de la delegación y el contrato de asunción de deudas, se refiere a la expromisión como aquel acuerdo directo entre el acreedor y el nuevo deudor. Pues bien y pese a las observaciones que corresponderá hacer en su lugar, lo cierto es que sus tesis no han gozado ni de ratificación jurisprudencial ni del favor mayoritario de la doctrina pese que, a los efectos pretendidos en este trabajo, sí han tenido el indudable acierto de categorizar la expromisión como figura autónoma que recibe los efectos novatorios²⁰⁴.

Por su parte, las tesis de Sancho Rebullida han sido continuadas señaladamente por Cristóbal Montes. Este autor crítica la corriente doctrinal y jurisprudencial que, basándose en la confusa redacción del artículo 1203 del CC, ha configurado una institución carente a su juicio de fundamento como la novación modificativa. Con todo, lo cierto es que autoriza la modificación de los vínculos en virtud de la autonomía de la voluntad privada y en las reglas subjetivas de la interpretación de los contratos²⁰⁵.

Por su parte Gete-Alonso y Calera pese a la inadmisibilidad de la sucesión singular lo cierto es que también cede a la evidencia práctica de la jurisprudencia²⁰⁶.

I) **Díez-Picazo: la pervivencia de la reglamentación en la sucesión singular de las deudas**

Por su parte Díez-Picazo aborda el debate para, una vez estudiado, obviar el clásico entendimiento romano de la novación

²⁰³ Vid. *Elementos de Derecho civil, II, I*, Barcelona, 1985, pp. 450 y 451.

²⁰⁴ Las tesis contra la sucesión singular del vínculo las atribuyo exclusivamente a SANCHO REBULLIDA a la vista de que en la primera edición de los *Elementos* no aparecía la crítica a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Dichas tesis doctrinales tendrían lugar al renovarse la primera edición cuando participa en ella SANCHO REBULLIDA (1949, 2.ª ed.). De modo que en la primera edición de los *Elementos de Derecho civil*, sin la intervención de SANCHO REBULLIDA, LACRUZ BERDEJO sostenía que en principio las deudas pueden ser objeto de transmisión (vid. *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, I*, Barcelona, 1977, p. 150).

²⁰⁵ Vid. «La llamada novación modificativa en el Derecho civil español», *RCDI*, XLIX, 498, 1973, pp. 1167 a 1217.

²⁰⁶ En este sentido se declara defensora de la novación como vía extintiva, si bien en la obra con PUIG I FERRIOL omite la extinción e integra a la novación en el marco de la modificación [vid. «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 303 a 319; *El reconocimiento de deuda (Aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989; «La modificación de la relación obligatoria», *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pp. 365 a 384].

basándose en la especie modificación. Desde la modificación analiza las distintas consecuencias que las partes pueden adoptar. De modo que el núcleo del debate no es otro que el que distingue entre la modificación simple con pervivencia del régimen y el cambio que afecta a la sustitución íntegra de la reglamentación; éste es el caso de los modos extintivos²⁰⁷.

La cuestión reside en dilucidar si el pacto extintivo por el que se sustituye al deudor tiene consecuencias y alcance singulares frente a los que pueda ostentar un acuerdo meramente modificativo. Es decir, al margen de la construcción teórica, se trata de desentrañar si mediante dos pactos de naturaleza jurídica diferente, se alcanzan resultados idénticos y, en su caso, qué utilidad tiene emplear fórmulas distintas para productos equivalentes.

En principio, la naturaleza extintiva o no del pacto produce fundamentalmente un nuevo régimen jurídico aplicable; si la alteración es extintiva, las consecuencias provocan que la ley privada de la primera relación se vea sustituida por la nueva regulación decidida en la segunda relación. Si el pacto modificativo no es extintivo, la *lex privata* en principio será la misma si bien con las puntualizaciones que las partes hayan verificado²⁰⁸.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y LA SUSCEPTIBILIDAD DE LA TRANSMISIÓN SINGULAR DE LAS DEUDAS POR PACTOS *INTER VIVOS*: OTRAS APORTACIONES RECIENTES

En resumidas cuentas, lo cierto es que la doctrina preconizada por De Diego se ha consolidado como visión mayoritaria y sus tesis han sido compartidas unánimemente por parte de la jurisprudencia que ha aceptado de forma inequívoca las tesis favorables a la sucesión singular de las deudas. Como se ha dicho, pocos son los continuadores de la teoría emprendida por Sancho Rebullida por muy estimable que resulte.

Como se ha evidenciado, la sucesión singular de las deudas es un fenómeno que se encontrado con todos y cada uno de los elementos favorables para su generalización doctrinal, al gozar de la ratificación legislativa en otros textos codificados que, a su vez, ostentaban la acreditada revisión crítica del Derecho romano, como proceso previo a la aprobación del B.G.B. Ade-

²⁰⁷ Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, p. 800. Asimismo deslinda entre extintiva o impropia, tal y como hace ENNECCERUS, según voluntad y significación de las partes.

²⁰⁸ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, pp. 794 y 797.

más de los elementos ideológicos, lo cierto es que la función económica a que están ordenadas las relaciones obligatorias y la propia sencillez de la que está dotada, frente al complejo sistema de la interdependencia novatoria con la dificultad que entraña la extinción de un vínculo con el inmediato reemplazamiento de otro, añadía evidencias a la tendencia favorable a la transmisión de las deudas. De modo que, si la mejor doctrina de este país se hacía eco tanto de las aportaciones De Diego como Enneccerus y, a su vez, eran reiteradas por la jurisprudencia, no resulta fácilmente rectificable dicha conclusión. Pese a todo, hay que decir que ciertos argumentos críticos con la sistemática y terminología del CC español, en puridad, tampoco se ajustan a la realidad tipificada.

Por fin, en los últimos años han visto la luz diversas monografías que analizan la cuestión desde distintas perspectivas, si bien la premisa mayor es la de la modificación no extintiva por lo que se puede afirmar prácticamente cerrada la discusión dogmática principal al margen de la no completa coincidencia en ciertos aspectos relativamente secundarios.

En este sentido, Cano Martínez de Velasco mantiene una personal visión de la asunción de deudas como negocio unilateral del tercero entendiendo, además, que el principio que preside la asunción de deudas es el de máxima eficacia jurídica o mínimo cambio²⁰⁹. Por otra parte, ciertos estudios romanistas incluyen también la visión de la figura en el Derecho comparado²¹⁰.

Desde la perspectiva hipotecaria también se ha revitalizado el debate en cuanto en el crédito hipotecario convergen dos tipos de relaciones jurídicas distintas, la relación obligatoria y la relación jurídico-real, caracterizada como derecho real de garantía o derecho de realización del valor, que autoriza al acreedor hipotecario para, en su caso, proceder a la ejecución de la misma. En su virtud y por aplicación de las tesis del artículo 118 de la Ley Hipotecaria como evidencia de la ratificación legal de los pactos de asunción de deudas, últimamente, Herbosa Martínez²¹¹ quien estima aceptable la transmisión singular de la deuda siquiera sea sin pronunciarse sobre la eficacia extintiva o modificativa del pacto.

Frente a las tesis mayoritarias y en el ámbito de la relación personal existente en los derechos reales de garantía, retoma abiertamente las tesis de Sancho Rebullida, Castillo Martínez quien sos-

²⁰⁹ Vid. *La asunción de deudas*, Barcelona, 2003.

²¹⁰ Vid. FUENTESECA DEGENEFEE, *El problema de la relación entre «novatio» y «delegatio» desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000.

²¹¹ Vid. *La Asunción de Deuda garantizada con hipoteca (Actualizada a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2001.

tiene la inadmisibilidad de la figura de la asunción de deudas considerando que para sustituir al deudor en las responsabilidades personales derivadas de la deuda garantizada con hipoteca, únicamente será viable recurriendo a la novación como causa extintiva de las obligaciones²¹².

Por otra parte y en el caso de los elaborados trabajos de Gutiérrez Santiago, al resultar innecesario al objeto de su estudio, no aborda la discusión entre los efectos extintivos y modificativos de la novación²¹³.

Otro de los preceptos relevantes en el Código Civil en la materia es el artículo 1224²¹⁴ de cuyo estudio se ha ocupado Marco Molina quien al estudiar el valor de la escritura reconocitiva encuentra un argumento adicional que reafirma la existencia de la novación modificativa²¹⁵. Por su parte, el reconocido trabajo de Adame Martínez aborda de forma exhaustiva y desde la perspectiva germánica el fenómeno específico de la sucesión de las deudas por lo que es evidente que sostiene su lógica transmisibilidad²¹⁶.

Como se verá, la casi totalidad de la doctrina recogida ha aceptado el estado de la cuestión según las aportaciones antes mencionadas²¹⁷. De modo que, bien sea por reflexión dogmática o por continuismo con la evidencia jurisprudencial, la totalidad de los ámbitos donde pueda aplicarse la sucesión de deuda ha estimado que resulta posible provocar el cambio pasivo sin la necesaria extinción de la relación precedente. Al tiempo cabe destacar también que se trata de una materia cuyas consecuencias definitivas aún no están cerradas como atestigua la atención recibida desde distintas disciplinas²¹⁸.

²¹² Vid. *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, pp. 28 ss.

²¹³ Vid. *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, León, 2000; *La novación objetiva por el cambio de objeto*, Granada, 1999.

²¹⁴ «Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero».

²¹⁵ *El reconocimiento documental y la novación modificativa del contrato. (Historia y aplicación del artículo 1224 del CC)*, Madrid, 1998.

²¹⁶ Vid. *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996.

²¹⁷ Se ha preferido no referirlas en este epígrafe donde única y exclusivamente se han citado los trabajos de carácter monográfico pese a otras estimables aportaciones también estudiadas.

²¹⁸ En el ámbito mercantil y tributario, v. gr., CASTILLO SOLSONA, *El cumplimiento de la deuda y responsabilidades tributarias pendientes en la transmisión de explotaciones económicas*, Barcelona, 1999; LOZANO SERRANO, *Responsabilidad del adquirente de empresas por deudas tributarias anteriores a la transmisión*, Pamplona, 1998; VARONA ALABERN, *Extinción de la obligación tributaria: novación y confusión*, Valladolid, 1998, y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *La sucesión en la deuda tributaria*, Pamplona, 1993. En esta última materia, ha de tenerse en cuenta la reciente y nueva Ley General Tributaria.

IV. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y SUS DEBERES: EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN

1. LA PATRIMONIALIZACIÓN DEL VÍNCULO: LA IDENTIDAD DEL PAGO

A) La concepción personalista y patrimonialista del vínculo: el deber de prestación y las facultades de las partes

A estas cuestiones recién expuestas, se añaden otras líneas doctrinales, también de procedencia germánica, que agregan argumentos en favor de la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas, en especial, por su incidencia en la ejecución de la prestación. Se basan en la revisión crítica del tradicional entendimiento de la naturaleza y esencia del vínculo, cuyo debate doctrinal enfrenta posturas clásicas que la sitúan en la conducta del sujeto pasivo, frente a la visión patrimonialista, la teoría del débito y la responsabilidad²¹⁹. Sin duda, todas encuentran sólidos argumentos acerca del fundamento de la esencia del vínculo; al tiempo, cada una de ellas ha concitado objeciones con el mismo grado de seriedad.

En todo caso, lo cierto es que en la actualidad no se suele hacer cuestión de estos extremos, pudiéndose afirmar que probablemente se trate de un exceso más de abstracción. Con todo no se puede desdeñar que la corriente mayoritaria en estos momentos es la integradora, doctrina que tiene la virtud de aunar aciertos comunes y omitir debates estériles²²⁰ ya que, siguiendo a mi Maestro, el derecho no ha de ser sino una técnica de resolución de conflictos y no una fuente generadora de disputas doctrinales por lo que debe contribuir a poner orden y aliviar dichas tensiones e intereses encontrados²²¹.

La concepción personalista, que exigía la específica actividad personal del sujeto pasivo, ha sido progresivamente sustituida por la caracterización patrimonialista de las relaciones²²². En resumi-

²¹⁹ Vid. CASTÁN, p. 57, la explicación de la refundición del débito y la responsabilidad; HERNÁNDEZ GIL, «El problema de la patrimonialidad de la prestación», *RDP*, 1960, p. 273; MARTÍN PÉREZ, «La despatrimonialización del Derecho Civil y la patrimonialidad de la prestación», *RDP*, 1986, pp. 603 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial*, Cáceres, 2003.

²²⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, pp. 11 a 18.

²²¹ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, I, Parte General y Derecho de la persona*, Madrid, 2007, 13.^a ed., p. 121.

²²² La patrimonialidad como característica de la obligación se trata, según GIUFFRÉ de una conquista del Derecho moderno. En cualquier caso, la índole patrimonial no elimina el dato elemental y básico que es la condición humana comprometida (*vid. Studi sul debito, tra esperienza roma e ordinamenti moderni*, Napoli, 1999, 2.^a ed., pp. VIII-IX).

das cuentas, esta visión pone el acento en el elemento patrimonial, antes que en los sujetos obligados. Con ello se contribuye a la aceptación de que los cambios que afecten a los sujetos tengan efectos meramente modificativos, toda vez que el eje del vínculo bascula en torno al elemento patrimonial.

De modo que, gracias a la patrimonialización del vínculo, se añade un elemento adicional a su progresiva abstracción y a su paulatina espiritualización. Este proceso actuó sobre los contratos de ejecución instantánea, típicos de los sistemas arcaicos; vínculos que, con el tiempo, resultó posible su cumplimiento diferido y posterior a su perfeccionamiento, admitiéndose con ello la premisa básica de los cambios de deudor. Este punto, hasta ahora final, permite que el vínculo no esté sujeto tanto a una persona como a un patrimonio²²³.

De cuanto se ha dicho se sigue que la cuestión de la deuda y responsabilidad atañe, directamente, a la noción del vínculo jurídico; atendido éste, si predomina la nota personalista afectará de pleno a la exigencia de que los cambios de deudor deban ajustarse a las estrictas normas de la novación, con la creación de una nueva que reemplace a la precedente²²⁴. Por tanto, la noción atribuida a la *obligatio*²²⁵, determinará ciertas consecuencias sobre el vínculo en general y sobre la transmisibilidad en particular. Consecuentes con un entendimiento personalista o patrimonialista, los deberes del

²²³ Sobre la superación del patrimonialismo, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1983.

²²⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «El concepto de obligación: especial referencia al deber jurídico», *RDEA*, XIII, 21, 1968, pp. 11 a 26; CRISTÓBAL MONTES, «La formulación dogmática de la obligación», *ADC*, XLIII, II, 1990, pp. 475 a 494.

²²⁵ *Vid.* SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation (d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand)*, Paris, 1925; NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», *RGLJ*, XCII, 181, 1947, pp. 61 a 79; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «El concepto de obligación: especial referencia al deber jurídico», *RDEA*, XIII, 21, 1968, pp. 11 a 26; MOZOS, «Concepto de obligación», *RDP*, 1980, pp. 79 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «En torno a los conceptos de crédito y de obligación», *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid, 1980, pp. 12 a 25; HERNÁNDEZ GIL, *En torno al concepto de obligación. Discurso leído el día 16 de noviembre de 1981, en la sesión inaugural del curso 1981-1982*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1981; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989; CRISTÓBAL MONTES, «La formulación dogmática de la obligación», *ADC*, XLIII, II, 1990, pp. 475 a 494. *Vid.* CICU, *L'obligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948; GIORGIANNI, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, Barcelona, 1958. Sobre la noción de *obligatio* en el Derecho romano, *vid.* KUNTZE, *Die obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen rechts*, Leipzig, 1856; CORNIL, «*Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine», en *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris, 1912, pp. 199 a 263; HUVELIN, «Obligatio», en *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, II, 1.^a, Graz/Austria, 1963, pp. 133 a 140; FUENTESECA DÍAZ, «Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*)», *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, I, Madrid, 1976, pp. 111 a 152; D'ORS, «Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones», *ZSS*, 1992, pp. 318 a 349.

acreedor y los deberes que atañen al sujeto pasivo, no resultan idénticos.

La polarización subjetiva del vínculo hace que cada posición se conforme en un derecho subjetivo concretado a su vez en ciertas facultades. Por lo que al objeto de estudio se refiere, la mencionada posición jurídica del deudor materializada en el deber de prestación provoca que, frente a las facultades del acreedor, el sujeto pasivo carezca de una recíproca que le autorice a ceder íntegra su posición sin la preceptiva intervención del titular del derecho de crédito²²⁶.

Precisamente, una de las facultades que incumben al sujeto activo del derecho de crédito es la emisión del consentimiento al cambio de deudor propuesto, en el caso de la expromisión, por un tercero. En esta ocasión y a diferencia del pago del tercero, el titular del crédito mantiene en la esfera de sus facultades tanto la autorización de la alteración del lado pasivo como la liberación, en su caso, del deudor primitivo²²⁷. Si a esta cuestión se suma que el proyecto al que va dirigido la prestación no es otro que su efectivo cumplimiento, parece que al sujeto activo se le suma la exigencia de un comportamiento proclive a la ejecución de la prestación comprometida, aunque su autor material sea un tercero que ocupará finalmente la posición del antiguo deudor.

En este sentido Beltrán de Heredia mantiene –dado el íntimo enlace que guarda la obligación y su concepto con la esencia de la relación– que el vínculo «va dirigido al comportamiento del deudor, conexas, a su vez, con la correlativa actitud *civiliter*, “correcta”, *favor debitoris*, del acreedor, con el fin de lograrse el cumplimiento normal de la obligación y de esta manera *satisfacer al acreedor* y simultáneamente *obtener la liberalización del deudor*»²²⁸.

B) La diligencia exigible al deudor como obligación específica y personalísima que incumbe al sujeto pasivo: ausencia de consecuencias en la expromisión

Los reseñados argumentos ponen de manifiesto tanto la progresiva despersonalización del vínculo como la directa consecuencia

²²⁶ Vid. GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, cit., pp. 437 ss.

²²⁷ Vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 49 y 50.

²²⁸ *La Obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, cit., p. 97. En todo caso, aprecia que no existen posturas personalistas o patrimonialistas; antes bien, tal división corresponde con las visiones más tradicionales o las concepciones teóricas más recientes. Por ello aboga por la visión más acertada es la unitaria en la que integra equilibradamente, el débito y la responsabilidad (*ibidem*, pp. 49 y 50).

que hace perder consistencia a la imposibilidad *per se* de la transmisión de las obligaciones personalísimas²²⁹. En todo caso, y pese a las prescripciones del artículo 1255 del CC, una sustitución del sujeto pasivo sumada a una alteración tan trascendente del objeto, cuestiona que esta posibilidad no sea sino meramente teórica; en suma, la modificación conjunta del elemento personal y objeto pone en duda la posibilidad de que perviva incólume el vínculo precedente²³⁰.

En cualquier caso, la intransmisibilidad de las obligaciones personalísimas exige su análisis conjunto con la diligencia del deudor como elemento integrado en el contenido del vínculo. Por su parte, Rico Pérez declara, en lo que afecta a la conducta en el cumplimiento y transmisión de las obligaciones, que «el factor constante de la prestación es el comportamiento del deudor» y por lo que se refiere a la transmisibilidad de las obligaciones, la concibe «como una aptitud de éstas para pasar o derivarse de uno a otro sujeto sin alteración de su esencia, o lo que es igual, permaneciendo unas y las mismas»²³¹.

En definitiva, la declaración De Diego acerca de la transmisibilidad de las obligaciones en sus propios términos, en su aspecto filosófico, sigue plenamente vigente: «la transmisibilidad de un derecho es la aptitud ó susceptibilidad del mismo para ser derivado en otro sujeto sin perjuicio de su esencia, antes bien, quedando uno y el mismo después como antes de la transmisión»²³².

Sin embargo, y de forma habitual, la mención a la diligencia no está incluida expresamente por las partes en su proyecto o programa de prestación, por lo que habrá que estar al modelo de conducta establecido en el Código Civil en su artículo 1104²³³. La mencionada diligencia impone al deudor, entre otros, el deber jurídico de promover su cumplimiento²³⁴.

²²⁹ Vid. *infra*, fund., el artículo 659 «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte» y el artículo 1161 «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

²³⁰ Vid. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.

²³¹ Vid. *La conducta de las personas en el Derecho civil*, Segovia, 1973, pp. 219 y 220. Elige también esta calificación de la transmisibilidad como aptitud o cualidad del vínculo como en su momento hizo DE DIEGO, ÁLVAREZ JOVEN («El fundamento de la transmisibilidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 1983, p. 3, extracto de la tesis doctoral inédita dirigida por Beltrán de Heredia Castaño).

²³² DE DIEGO, *La transmisibilidad de las obligaciones*, cit., p. 37.

²³³ «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo o del lugar».

²³⁴ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil, II*, cit., pp. 95 ss., y 237.

En suma, esta diligencia del deudor como obligación *intuitu personae* «vendría a ser, por lo tanto, una obligación cuyo incumplimiento sería admitido por el propio Ordenamiento (si cumplía un tercero espontáneamente) y cuyo cumplimiento sería totalmente irrelevante y al que no se prestaría ninguna atención siempre que la prestación se hubiere realizado (independientemente de quien fuera el autor). (...) Hay otros argumentos contrarios a la tesis obligacionista de la diligencia en el cumplimiento»²³⁵.

De lo dicho se sigue que, ante la falta de previsión legal, en nada afecta el cambio de deudor a la diligencia bien porque se realiza el programa proyectado en la relación, siquiera por un sujeto distinto al primitivo deudor, o bien porque se defiende que con la conducta debida se transmiten también los deberes que se deducen y, con ello, la diligencia o el deber de facilitar su cumplimiento²³⁶.

Por tanto, si carece de transcendencia el pretendido incumplimiento del deber subjetivo de diligencia del deudor en los casos de pago del tercero tampoco aparejará la mencionada responsabilidad caso de que la asunción espontánea de la deuda por un tercero concluya con la satisfacción del interés del acreedor²³⁷.

En este sentido se ha pronunciado el *Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 1970* en que el «demandante llegó a ser acreedor respecto a la entrega de la cosa depositada y deudor del precio pactado por el depósito y el demandado se obligó a

²³⁵ «Mientras que cualquiera puede ser el autor del cumplimiento, solamente el deudor sigue siendo el único titular de la diligencia, de la misma manera que continúan siendo exclusivas y personales suyas la culpa, la responsabilidad y la liberación. (...) El art. 1158 al proclamar la fungibilidad de la persona del pagador supone: el mantenimiento absoluto de la necesidad jurídica de la prestación (ha de ser realizada, quienquiera que lo haga), la desconexión técnica entre cumplimiento y diligencia promotora, en el sentido de que pueda haber el primero sin la segunda y en tercer lugar y sobre todo, su desconexión jurídica, porque la calificación de cumplimiento viene dada solamente por la correspondencia con la prestación debida y en absoluto por la resultancia de la diligencia del deudor» (BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Zaragoza, 1987, p. 314).

²³⁶ *Vid.* sobre los efectos del incumplimiento de las cargas del acreedor y su diferenciación con los deberes que le incumben a este CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Madrid, 1988.

²³⁷ En síntesis «si el deudor ha observado la diligencia que se le exigía, diremos que ha observado el deber que le incumbía, aunque la prestación no se haya realizado. Por el contrario, si no ha observado tal conducta realmente ha infringido su deber jurídico subjetivo, a pesar de que el deber jurídico objetivo se haya extinguido por causas ajenas al deudor (v. gr., el cumplimiento de un tercero). Infracción que en este último caso carecerá, sin embargo, de repercusiones jurídicas porque le falta el presupuesto de tal relevancia (la infracción del deber objetivo). (...) Resulta que en la estructura de la relación obligatoria, el elemento fundamental es el deber jurídico objetivo que pesa sobre la prestación (art. 1088) y el secundario, es el deber jurídico subjetivo que incumbe al deudor. Esta relación de secundariedad tiene, su manifestación más evidente en que la observancia del deber jurídico subjetivo sólo es relevante jurídicamente en el supuesto de infracción de la obligación. (...) la carga de la diligencia en el cumplimiento no desaparece con la actuación o puesta en práctica de la misma, sino por la extinción de la prestación jurídica en función de la cual se halla (...) la carga de la diligencia subsistirá íntegra y deberá ser nuevamente observada por el deudor hasta la definitiva extinción de la obligación» (BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 321).

entregar la cosa al actor, con la previa obligación de conservarla, empleando la diligencia que se refiere el artículo 1094²³⁸ del CC y acreedor en la retribución del depósito»²³⁹.

C) La objetivación de las partes

Aquella concepción del vínculo, ya a principios del siglo xx, favorecía que se incidiera en la especial individualidad que caracterizaba al sujeto pasivo²⁴⁰. Parecía que el sujeto comprometido exclusivamente podía liberarse cumpliendo él y no otro la conducta debida. Parecía asimismo que el acreedor tenía un especial interés en que la satisfacción del crédito se verificase únicamente por quien ostentaba la posición pasiva en la relación pendiente.

Por su parte y muy al contrario, Windscheid empleaba una imagen muy descriptiva para afirmar que la obligación no es algo inseparablemente unido a la persona. Así, la voluntad del deudor está ligada al acreedor; la cinta que éste llevaba atada se la da a otra persona. Por lo que independientemente a quién esté atada siempre resulta ser la misma cinta. En su virtud, el asumente pretende atarse con la cinta que hasta entonces llevaba el deudor, cosa que ratifica el acreedor²⁴¹.

A medida que evoluciona el tráfico jurídico, el sistema de contratos ha visto alterado los principios en que se asentaba: datos como el anonimato que puede llegar a afectar a las partes contratantes entre sí; la despersonalización²⁴²; el recurso a los contratos adhesión concluidos sin voluntad (o, por lo menos sin la voluntad de uno de los contratantes); la apelación a las condiciones generales predispuestas, son fórmulas que al fin y al cabo, han contribuido a la admisión del

²³⁸ «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970.

²⁴⁰ Ya se ha mencionado la distinción, entre el crédito y la deuda, y la obligación firmada por BRINZ (vid. DÍEZ-PICAZO, que califica tal perspectiva como artificiosa, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 853; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2.º, cit., p. 401 y PACCHIONI, *Delle obbligazione in general*, cit., pp. 35 ss.).

²⁴¹ Vid. «Die singularsuccession in Obligationem», *Kritische Übersicht*, I, 1853, pp. 38 y 44. VALLET DE GOYTISOLO sostiene, gráficamente en cuanto a la responsabilidad personal, que la obligación se representa mediante el brazo que tira la piedra en idéntico sentido que empleaba PUGLIATTI (*ibidem*). Entiende por ello que es personal. Se remite en sus explicaciones, a los argumentos sostenidos por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO (vid. «La facultad de disposición», *ADC*, III, IV, 1950, pp. 1025 a 1056).

²⁴² La despersonalización de los contratos, también afecta a la teoría de la personificación de las personas jurídicas, toda vez que se ha aceptado incluso las unipersonales hecho éste que parece demostrar que la ficción de la persona jurídica llega a tal extremo que incluso siendo un solo accionista o socio partícipe, se trata de algo distinto de la sociedad en sí. El elemento básico es que la persona moral esté constituida de conformidad a las prescripciones legales y tenga el patrimonio constituido y desembolsado como garantía de las operaciones que llegue a realizar.

intercambio sin efectos extintivos del elemento personal. En síntesis, la prestación ha de materializar el fin del intercambio propuesto, sin atribuir protagonismo al sujeto que la ejecute.

2. LA REALIZACIÓN DEL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA PRESTACIÓN COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN: EL DEBER DE COLABORACIÓN DEL ACREEDOR

Siguiendo con estos presupuestos dogmáticos²⁴³, el contenido de la obligación incluye el deber de las partes de cooperar entre sí con la finalidad estricta de llegar a la materialización de la prestación pactada²⁴⁴. De modo que esta prestación es, en sí misma, un instrumento de cooperación²⁴⁵. Esta idea, a su vez, está fundada en la noción del programa de la prestación desarrollada por Heck –partícipe también del movimiento antiformalista de la jurisprudencia de intereses²⁴⁶– por lo que cabe concluir que este autor es un destacado defensor del programa de la prestación, configuración dogmática ésta que ha alcanzado cierto consenso doctrinal entre la doctrina española²⁴⁷.

²⁴³ Resulta útil tener presente que esta dogmática jurídica distingue tres dimensiones, una empírico-descriptiva, centrada en el inventario y prognosis de la *praxis* de los tribunales y la averiguación de la voluntad fáctica del legislador. La segunda de aquellas dimensiones, es la analítico-lógica que incluye tanto el análisis de los conceptos jurídicos como la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios. Por último, la visión práctico-normativa, propone y fundamenta una interpretación de una norma [vid. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Madrid, 1997, pp. 240 a 241].

²⁴⁴ De las distintas polémicas sobre el deber jurídico zanja la cuestión Díez-PICAZO afirmando que «cualquiera que sea la idea que se mantenga en la teoría general del derecho, la posición del deudor debe ser considerada como un deber jurídico y debe además entenderse que este deber jurídico es, en primera línea, un deber consistente en la adopción de un determinado comportamiento, que es el comportamiento de prestación» (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, p. 91).

²⁴⁵ Vid. Díez-PICAZO, *ibidem*, p. 237. En particular, sobre el programa de la prestación, vid. p. 236; vid. BONET RAMÓN, «La prestación y la causa debitoria», cuestiones que se relacionan directamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960 y la fortísima ascendencia que gozó el *Tratado* de ENNECCERUS (vid. también Díez-PICAZO, «El contenido de la relación obligatoria», *ADC*, 1964, XVII, II, pp. 349 a 366).

²⁴⁶ La diferencia estructural entre la denominada Jurisprudencia de intereses –HECK– y la de conceptos –IHERING–, radica en que la de intereses entiende que para crear e interpretar el Derecho basta el uso de la razón empírica. La otra corriente antiformalista, la jurisprudencia de conceptos, entiende que para crear e interpretar el Derecho es necesaria la razón especulativa o abstracta (vid. HECK, «Jurisprudencia de intereses», *AAMN*, 1948-IV, p. 523; COSSÍO, «Jurisprudencia conceptual», *RGLJ*, 1948-II, p. 463; PAZ-ARES, «La Economía Política como Jurisprudencia Racional», *ADC*, 1981, p. 601; CALSAMIGLIA, «La dogmática jurídica», *Anales Fco. Suárez*, 22, 1982, p. 260).

²⁴⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO-RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, pp. 128 y 140; vid. mi Maestro el Profesor LASARTE ÁLVAREZ que prefiere llamarla «programa de la obligación» (vid. *Principios de Derecho civil, 2, cit.*, p. 124).

Desde dicha perspectiva, el deber de colaboración es una consecuencia del principio de la buena fe; basado en distintos orígenes también ha sido refundido en el sistema de principios del futuro derecho contractual europeo²⁴⁸ y en todo caso, fuerza a las partes a colaborar en el cumplimiento de lo pactado²⁴⁹. En suma, la finalidad propia es la de conseguir la plena efectividad del contrato²⁵⁰ y, específicamente, por lo que a los deberes de conducta que pesan sobre el acreedor uno de ellos es el de facilitar la liberación del deudor.

En este sentido y en buena lógica, la doctrina que comparte los planteamientos dogmáticos del sistema jurídico privado alemán también recurre, al expediente del programa de la prestación para sustentar la transmisibilidad del lado pasivo de las relaciones obligatorias²⁵¹. Este programa de la prestación que, como se ha dicho consiste en lo que García Amigo denomina la razón de ser del derecho de crédito²⁵², encuentra su origen en el aquel sistema, y con él se incorporan adicionalmente las teorías sobre la disposición y oferta del acreedor, aplicadas a su capacidad para disponer unilateralmente sobre la posición jurídica del sujeto pasivo.

La mejor doctrina señaló, en su momento, las diferencias entre la teoría de la oferta y la teoría de la disposición del derecho ajeno aplicadas a la transmisión del derecho de crédito y, en su caso, de la obligación dimanante del pacto. Así, en la primera de ellas, es decir, en la teoría de la oferta es el acreedor quien se adhiere al convenio acordado entre el deudor delegante y el delegado para la relevación de la deuda. Por su parte, la teoría de la disposición del derecho ajeno se refiere al obligado, quien toma para sí el derecho que no le corresponde²⁵³. En todo caso, si la primera idea encuentra dificultades para ser aplicada al supuesto del 1205 del CC, tam-

²⁴⁸ Si no ejecuta este deber habrá incumplido, de modo que no es tanto un deber como una de las obligaciones (*vid.* Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p. 158 y CABANILLES, *op. cit.*).

²⁴⁹ *Vid. ibidem*, p. 157 ss.

²⁵⁰ *Vid. ibidem*, pp. 23 y 309.

²⁵¹ Sentido ratificado por las modificaciones del B.G.B. donde con la reforma del derecho de rescisión por prestación parcial se impide que el acreedor pueda ejercer dicha posibilidad en los casos en que la lesión del programa de la prestación sea parcial (*vid.* ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.», *cit.*, p. 1179). En suma, el nuevo 241.2 del B.G.B. delimita el contenido de los deberes de la relación obligatoria incluyendo el deber de protección y el de prestación (*vid.* LAMARCA I MARQUÈS, «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», *InDret*, 1, 2002, p. 5).

²⁵² *Vid.* GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *cit.*, p. 34. Añade como autores que se adscriben a esta corriente a los italianos BETTI y a CARRESSI.

²⁵³ *Vid. Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos, cit.*, p. 264.

poco esta última tiene fácil encaje en la *expromissio* toda vez que este cambio de deudor presenta la particularidad de que puede operarse a sus espaldas y, en todo caso, sin relevancia jurídica para el acuerdo expromisorio en sí de la actitud que mantenga sea ésta de anuencia, ignorancia u oposición. De modo que para el caso específico que se estudia, ambas teorías provocan más problemas que soluciones plausible²⁵⁴.

V. EXAMEN DE LA APLICABILIDAD DE CIERTOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES A LA ASUNCIÓN ESPONTÁNEA DE DEUDA

1. LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

A) El *favor debitoris* y el principio de protección del consumidor

Desde el anterior entendimiento que convierte a la relación obligatoria no en un instrumento de subordinación del sujeto pasivo al activo sino de cooperación entre acreedor y deudor, se puede sostener inicialmente que es un pseudoproblema hablar del principio del *favor creditoris* o de *favor debitoris*²⁵⁵.

Con todo y pese a la pretendida existencia de dicho principio, contrasta la articulación prevista en materia de pago del tercero —donde el acreedor no dispone de ninguna acción para oponerse a las pretensiones de un tercero de satisfacer la prestación—, con el tratamiento otorgado por el codificador al supuesto del que pretende ocupar el lugar del sujeto pasivo, sin materializar —porque quizás aún no haya llegado el término de ejecución—, la deuda comprometida²⁵⁶.

²⁵⁴ En todo caso, estas teorías de corte clásico ya no gozan de las simpatías de la doctrina excepto en algún caso singular (*vid.* ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho civil*, *cit.*, pp. 143 ss., que recupera de estas explicaciones dogmáticas la referida a la oferta simple para el mecanismo delegatorio).

²⁵⁵ *Vid.* PERLINGIERI, «Aspectos problemáticos del derecho de obligaciones», *RDP*, 1993, pp. 58 y 59. *Vid.* GIUFFRÈ, *Studi sul debiti*, *cit.*, p. IX; RESCIGNO, «Favor debitoris». *Ambiguità di una formula antica, Debito internazionale. Principio generali del diritto*, 1995; «Del favor debitoris al favor del más débil».

²⁵⁶ Evidentemente excede de las pretensiones de este trabajo un análisis exhaustivo del valor, contenido y enumeración de los principios generales del Derecho, para ello *vid.* REINOSO BARBERO, quien con exactitud precisa que en virtud del artículo primero del CC, en el Derecho vigente, las premisas que debe presentar un principio general son: que no contraste con las normas formuladas; que sea susceptible de aplicación al caso jurídico que se plantea; que pueda ser considerado como tal a la luz del Derecho romano o de la tradición jurídica nacional [*vid.* *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del*

Por el contrario y a la vista del contenido del artículo 1205 del CC, sí que se confiere transcendencia jurídica a la voluntad e intención del acreedor frente a la que pueda oponer el deudor, absolutamente irrelevante por lo que a su sustitución se refiere. De modo que, en presencia de un cambio de deudor e independientemente de la vía elegida y, en especial en la *expromissio*, su expulsión del vínculo puede ser llevada a cabo, incluso, en la más absoluta ignorancia de esta relevación. En buena lógica, por tanto, ofrece ciertas resistencias sostener esta noción general protectora del sujeto pasivo, salvo que se circunscriba su valor a casos singulares previstos específicamente.

No cabe duda, en suma, que si para el sujeto titular del crédito resulta de interés el patrimonio de su deudor actual o futuro, tampoco resulta completamente irrelevante para el sujeto pasivo quién sea la persona que ocupe el lugar del acreedor o, incluso, quién sea el nuevo sujeto pasivo ante la certeza jurídica de que éste último será quien le reclame el importe de la prestación.

En síntesis, la calificación del *favor debitoris* como principio o regla jurídica, encuentra su razón de ser en la evolución liberal del aforismo romano²⁵⁷ que, en sus orígenes, residía en la atención a la parte más desfavorecida. Con todo, en la codificación este brocardo se ve en más ocasiones obviado que los que se puedan contabilizar como máxima de actuación. En este sentido, uno de los casos en que se puede entrever la auténtica naturaleza de la protección al deudor, se encuentra en las consecuencias de la plena desaparición de las garantías como causa de la pérdida del derecho al plazo, según el artículo 1129.3 del CC²⁵⁸. Sostiene mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez que con el mencionado precepto se evidencia que en realidad, «se trata de una manifestación legislativa más de que el principio del *favor debitoris* es un mero recurso retórico de escasa operatividad real: pese a que estamos frente a una desaparición fortuita, en el balance entre la protección del deudor y el fortalecimiento de las expectativas de cobro del acreedor, el Código opta por este último, decretando la anticipación del vencimiento»²⁵⁹.

Tribunal Supremo (*Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa*), Madrid, 1988, pp. 111 ss.; p. 114].

²⁵⁷ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, «El *favor debitoris* en el Derecho español», *ADC*, XIV, IV, 1961, pp. 835 a 850; VÁSQUEZ FERREYRA, «Del *favor debitoris* al favor del más débil», *El Derecho*, n. 6.357, 1985.

²⁵⁸ «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

²⁵⁹ *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 138. Otros casos en que se recoge una auténtica protección o preferencia del sujeto pasivo, se encuentran en la atribución del

Aspiración tuitiva que aparentemente se recoge en el sistema del Derecho mercantil. En este punto el Código de comercio resulta más expresivo ya que de conformidad al artículo 59 se declara que «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor». Pese a su dictado, la lectura detenida de este precepto evidencia que, en realidad, no pasa de ser una cláusula residual de escasa aplicación y operatividad prácticas. De modo que hay que concluir que el principio que prima en el Código Civil es el de reciprocidad –recogido en el art. 1289²⁶⁰– y en el mercantil, el de menor deuda²⁶¹.

Pese a lo sostenido cierta doctrina se ha pronunciado sobre las potenciales aplicaciones prácticas de la protección de la parte más débil en materia de asunción de deudas y, en particular, en la aplicación de la asunción acumulativa. En este sentido declara Puig i Ferriol que cuando el acreedor reclame íntegramente la prestación a cada uno de los codeudores y basándose en el supuesto contemplado por el artículo 1289 del CC²⁶² no podrá presumirse que la relación sea de carácter acumulativo. Por lo que en definitiva y en particular estima como un caso de *favor debitoris* la falta de presunción de acumulatividad²⁶³. Con todo, no resultará de aplicación el primer párrafo del mencionado artículo 1289 del CC, salvo que se quiera entender que la liberación del sujeto pasivo frente al acreedor primitivo y pese al pago que realizará en su momento el

pago por el deudor, según las reglas del artículo 1172, la responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor del 1105 o la exigencia de intimación o interpelación al deudor para que éste incurra en mora según el 1101 (*vid. op. cit.*, pp. 148, 175 y 181, respectivamente; *vid. también CUESTA*, «Las obligaciones alternativas», *RDP*, 1984, p. 15).

²⁶⁰ «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

²⁶¹ *Vid. URÍA*, *Derecho mercantil, cit.* Antes bien, en la contratación mercantil, en ocasiones parece que se han invertido los términos. ESTRADA ALONSO valora el que él denomina el principio del *favor creditoris* en el Derecho cambiario y mercantil, frente al principio del *favor debitoris* en el Derecho común. Además, del epígrafe sobre la «contrariedad con el principio del *favor debitoris*», se deduce que el principio de *favor creditoris*, es una cuestión de orden público en el ámbito del Derecho cambiario y mercantil (*vid. Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, 2000, pp. 93 y 94).

²⁶² Dice 1089.

²⁶³ *Vid. PUIG I FERRIOL*, «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro-Homenaje a Roca Sastre, II, cit.*, p. 448. Para ALLARA representaba una manifestación del principio *favor debitoris* en lo prevenido en el antiguo CC italiano, por su antiguo artículo 1373.3, sobre la solidaridad y las previsiones contenidas en el 1175, sobre los intereses del crédito (*vid. Delle Obbligazioni. Corso di Diritto Civile*, Torino, 1939, pp. 74 y 165). Con la aprobación del nuevo CC italiano, se suprime este principio (*vid. MESSINEO, Doctrina general del contrato, I, cit.*, p. 20).

nuevo deudor y futuro acreedor, conlleva un componente gratuito²⁶⁴.

De lo dicho se sigue que este principio abordado desde la parte débil resulta capaz de reconducir la afirmación de Banacloche Palao sobre la falta de identidad entre el deudor y el débil, ya que «por otra parte, ya no es cierto que el deudor demandado o ejecutado sea una persona económicamente débil, a quien el ordenamiento procesal debe proteger»²⁶⁵.

Gracias a este principio o regla deducible de la equidad, hace que puedan ser suavizados, en caso de duda, los rigores contractuales en favor del deudor²⁶⁶. Se interroga la mejor doctrina sobre si este *favor debitoris* presenta algún sentido en el derecho de obligaciones, toda vez que cabe poner en tela de juicio las consecuencias ajustadas a Derecho de la aplicación de un principio que, en realidad, atempera el elemento principal de la relación obligatoria, constituido por la prestación del deudor²⁶⁷.

²⁶⁴ Sobre la aplicación de este principio PUIG I FERRIOL, aboga por la aplicación de la acumulación solidaria de la deuda en defecto de pacto expreso de liberación del deudor. Se funda para ello en el mencionado precepto del que deduce la inexistencia de un principio favorable a la liberación del vínculo obligatorio (*vid.* «La asunción de deudas», *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1996, p. 337).

²⁶⁵ «La protección del crédito documentado», *Al Día Civitas. Información Jurídica*, 14, 2001, p. 1. Así lo sostienen también URÍA y MENÉNDEZ cuando tratan de los contratos de cuenta corriente (*vid. op. cit.*, p. 646). Hay que atemperarlo porque en ocasiones la figura del deudor la ostenta el Banco. Esta afirmación se puede relacionar con la mencionada por CASTÁN VÁZQUEZ («El *favor debitoris* en el Derecho español», *cit.*, p. 850), en la que citando a DE CASTRO (*Las Condiciones Generales*, *cit.*, pp. 339 y 340), recoge la tendencia en el campo de la contratación de proteger al más débil, acudiendo en su ayuda el *favor debitoris*.

²⁶⁶ La extensión de la regla de protección al débil a supuestos no prevenidos, exigirá el concurso de la jurisprudencia. En todo caso, hay que señalar de este artículo dos extremos: uno, que en los preceptos que reseña como evidencias del *favor debitoris*, no se localizan los relativos a la novación; dos que parece dudar de la existencia de un principio general en favor del deudor, tratándose de una deducción de la equidad. A todo ello se añade que, en todo caso, se trata de una regla o de un adagio fundado en consideraciones de equidad. En palabras de DE CASTRO «las reglas jurídicas no tienen en sí un valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica, aunque sirven a veces de vehículo a un auténtico principio de Derecho y son recogidas por la jurisprudencia» (*Derecho Civil de España*, I, *cit.*, pp. 433 y 434).

²⁶⁷ Con todo, es un lugar común recurrir a esta regla para el estudio de diversos aspectos relacionados con las obligaciones y con los contratos, así ESTRADA ALONSO valora el principio del *favor debitoris* en el Derecho común, si bien el análisis lo utiliza para justificar el rechazo a la figura de la fianza abstracta (*vid. Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, *cit.*, p. 93). Al fin y al cabo la fianza abstracta supone una ventaja del acreedor y del fiador frente al deudor, ventaja que en su opinión contraría el principio del *favor debitoris*. CARRASCO PERERA señala que son, precisamente, «los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías personales no accesorias». «El interés lógico del fiador profesional no es, por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor, sino, muy al contrario, desatenderse de semejantes extremos y pactar con el deudor que el riesgo de un pago “indebido” al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones en vía de regreso. De esta forma el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no correcta-

Pues bien, pese a la certera afirmación precedente sobre el falso problema del *favor debitoris*²⁶⁸, podemos cuestionar el valor de este cambio de deudor según los términos del CC, ya que se trata de una operación jurídica a la que se puede llegar sin la aceptación e, incluso, sin el conocimiento del que ocupa la posición pasiva de una relación obligatoria. Inicialmente se presenta como una previsión típicamente liberal y, por tanto, iluminada por el deliberado propósito de favorecer al titular del derecho de crédito. Con todo de la idea global codificada sobre las relaciones obligatorias, cabe entender que, en buena lógica, se formuló como criterio favorecedor no tanto del acreedor como del cumplimiento de las conductas comprometidas independientemente de que quien ejecutase la prestación fuese un tercero ajeno en su origen al vínculo primitivo²⁶⁹. Y todo ello teniendo en cuenta que la ocupación del lugar del sujeto pasivo no significa otra cosa que su liberación del antiguo acreedor, pero no la liberación frente al nuevo deudor de la obligación comprometida. Así, cuando este último haya efectuado el pago, reclamará lo que corresponda contra el antiguo deudor; en suma, éste podrá enfrentarse a un titular del crédito mucho más estricto que el que ya tenía.

En su virtud y de los anteriores argumentos cabe señalar que nuestro Código Civil nuevamente se apartó de la concepción romanista del vínculo como relación *intuitu personae*. Porque tal percep-

mente cumplida), sino las cargas asociadas a la promoción de un litigio» (*La Fianza, accesoriamente y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 10). GAVIDIA SÁNCHEZ, no hace referencia al denominado «principio» del *favor debitoris*, sino que, haciendo abstracción de la discusión doctrinal de si el *favor debitoris* es en sí un principio o no es más que una deducción de la equidad, analiza las reglas previstas para la protección del deudor, como tercero que es del contrato de cesión de créditos. En todo caso, hay que destacar que utiliza las mismas categorías aplicadas para el análisis del sistema alemán de cesión de créditos (*vid.* «Sistemas germánicos de cesión de créditos II», *ADC*, tomo XLV, II, abril-junio, 1991, pp. 535 a 651) y quizá haya que cuestionarse sobre la validez o no de la aplicación de categorías jurídicas ajenas sin mayor crítica (a su vez, *vid.* GARCÍA NAVARRO, la cesión de créditos). Por su parte, DURÁN RIVACOBÁ, encarna en las previsiones del 1476 del CC, uno de los supuestos en que el legislador liberal decimonónico protege a la parte más desfavorecida (*vid.* *Evicción y Saneamiento*, Pamplona, 2002, p. 208).

²⁶⁸ De entre los autores que defienden la inexistencia de este principio, destaca ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, cit., p. 65.

²⁶⁹ *Vid.* la formulación del *in dubio pro debitore*, en el artículo 59 del Código de Comercio, «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor», previsión ésta en la sede de disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Por su parte, el párrafo primero del artículo 1289 del CC, establece un principio favorable no a la liberación sino a la reciprocidad de intereses: «cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre las circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» la Ley 490.3 del Fuero Nuevo («los pactos se presumirán en favor del deudor, salvo que esta presunción resulte contraria a la naturaleza o circunstancias del acto»), así como sus coincidencias con el § 271.2 del B.G.B.

ción del vínculo obligatorio incidía en la importancia de las cualidades del deudor para el acreedor pero, también, al contrario²⁷⁰.

Sin duda, hay que decir que el sustrato de los preceptos dedicados a la novación pasiva no parece que favorezca al deudor, antes bien y como se ha señalado certeramente, nuestro Código refleja el pensamiento de una clase específica, la burguesía, que tipificó las relaciones obligatorias donde la composición de fuerzas estaba protagonizada por un burgués comerciante acreedor, que no deudor, que permitieran asegurar la cobranza del crédito integrada la extinción de la obligación por el mismo deudor o por otro más solvente o más diligente en el pago o cumplimiento de las prestaciones contraídas²⁷¹.

De lo dicho se sigue que el CC autorizase el cambio del titular del derecho de crédito efectuado sin conocimiento del deudor, cosa que desde la perspectiva puramente práctica se traduce en que no es lo mismo adeudar una prestación a un acreedor poco diligente que a otro celoso de la exigibilidad de su derecho. Ésta es una buena muestra de la dudosa existencia del principio *favor debitoris*. De modo que, tenemos que convenir con Castán Vázquez que no hay un auténtico principio de *favor debitoris*, sino manifestaciones concretas en las que el legislador escogió, para ciertos casos dudosos, la protección de la parte que en el momento codificador se entendió que era la más débil. Nuestro Código permite el cambio de deudor, también sin conocimiento del propio deudor primitivo, que se ve abocado a cumplir con posterioridad la relación obligatoria primitiva con el que adoptó su posición de sujeto pasivo para después reclamarle el cumplimiento de la deuda que, voluntariamente asumió salvo que, por analogía con las consecuencias de la cesión de créditos hipotecarios²⁷², pague²⁷³.

²⁷⁰ Como ya expresó RICO PÉREZ en su análisis sobre la conducta recíproca que se adeudan acreedor y deudor, «se pensaba que era de interés para el acreedor tener un deudor más solvente y honrado, de mejor conducta que otro, y no es indiferente al deudor tener un acreedor más compasivo, menos riguroso que otro» (*La conducta de las personas en el Derecho Civil*, Segovia, 1973, p. 220).

²⁷¹ Vid. BERCOVITZ, «Introducción al CC», para la edición del CC preparada por ediciones Tecnos.

²⁷² El CC argentino, en su artículo 817 sobre la equívoca novación subjetiva activa declara que: «habrá novación por sustitución de acreedor, en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor, el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento el deudor no habrá novación sino cesión de derechos» (por otra parte, éste era el Código adoptado por Paraguay hasta la entrada en vigor del propio).

²⁷³ En todo caso secundando la inoponibilidad, según RAGEL SÁNCHEZ se trataría de «la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido» (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 244; vid. el discurso de la toma de posesión como académico de número de PAU PEDRÓN, *Esbozo de una teoría general de la inoponibilidad*, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de enero de 2001).

El siguiente elemento de análisis es la posible reformulación de la regla del *favor debitoris* en el Derecho del consumo y comunitario ya que esta normativa está inspirada en la tendencial mejora técnica y en la protección de las partes débiles²⁷⁴. Si bien el denominado *favor debitoris* trae causa del momento de la codificación, a medida que se profesionalizan las relaciones negociales, decae en favor de otros principios o máximas que, en definitiva, tienen el mismo fundamento que el *favor debitoris* y que no es otro que favorecer a la parte más débil, sin necesidad ya de equiparar al débil con el deudor²⁷⁵.

Como tránsito o con una base común, las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial recogen este principio de protección al consumidor como protección al más débil afectando, incidentalmente, a la autonomía de la voluntad tal y como acredita García Cantero²⁷⁶. En este punto se ha puesto de manifiesto lo que se ha denominado «la contrariedad con el principio del *favor debitoris*», relacionándolo con la disposición adicional primera tres de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, que a su vez modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incorporando entre otros el nuevo artículo 10 bis²⁷⁷.

Con todo y siguiendo con el conjunto normativo sobre consumidores y usuarios, por su parte, la Ley de Crédito al Consumo y pese a tratarse de una norma de carácter tuitivo, sólo recoge una previsión en cuanto a la cesión del crédito por parte del acreedor y a las excepciones oponibles en su caso²⁷⁸. Nada se dice en cuanto a la transmisión del lado pasivo del crédito o el derecho de subrogación que, en

²⁷⁴ Vid. VATTIER FUENZALIDA «... debe inspirarse en el *Sozialmodell*, de modo que se traduzca en una sustancial mejora técnica en la protección de las partes débiles» («Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», *RDP*, 78, 1994, p. 230).

²⁷⁵ Sobre este extremo, Díez-PICAZO recoge el caso italiano afirmando que «el CC italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos, se abandona el punto de vista de *favor debitoris*, por una mayor consideración de los derechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico» («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, XLV, II, 1992, p. 483).

²⁷⁶ Vid. el nuevo epígrafe que incluye en la actualización de CASTÁN, *cit.*, p. 532 ss.

²⁷⁷ Vid. ESTRADA ALONSO, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, *cit.*, p. 93. Por lo que al precepto se refiere, éste declara que «(...) el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes (...)»; aspecto este último vigente pese a la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre. Vid. ahora el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otros, leyes complementos, y el 65 sobre la integración de los contratos, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva.

²⁷⁸ El artículo 11 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, «cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el

su caso, en el servicio contratado, el consumidor pueda a su vez ceder a un tercero –si bien el tenor contractual suele impedirlo–²⁷⁹.

Lo cierto es que la modificación de la fisonomía actual del contrato y frente al sistema reflejado en los Códigos decimonónicos, ha provocado que ciertos principios clásicos hayan sido sustituidos eficazmente por otros que atemperan los perfiles en esta materia²⁸⁰. Es por ello que, como decimos, el *favor debitoris* –al margen de su discutida existencia–, ha sido sustituido o perfeccionado por el de la protección del contratante más débil. Así se reflejó en el constitucionalismo de posguerra y, en particular, en la Constitución española encuentra su sede en el artículo 51²⁸¹.

De modo que cabría alegar dicho principio en el ámbito de los consumidores y usuarios, para evitar su contravención en ciertos casos de asunción de deudas donde el sujeto pasivo se haya visto sustituido por otro, especialmente –no tanto para desvirtuar el pacto de asunción dado que el principio devendría ineficaz tal alegación– para limitar los efectos de la subrogación o de la acción de reembolso del nuevo sujeto pasivo que haya cumplido y reclame su devolución a quien relevó de la relación obligatoria²⁸².

De lo dicho se sigue la falta de vigencia del principio del *favor debitoris* así como en el ámbito del derecho del consumo puede entenderse absorbido su sentido global y su lógica interna en el principio de defensa del consumidor²⁸³. Por eso y en las relaciones de consumo podrá ser alegado dicho principio para evitar o limitar las consecuencias de la asunción contractual por parte de un tercero, cuando en este supuesto se vean perjudicados los legítimos derechos y expectativas del consumidor. Con todo y a los efectos que se pro-

tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la de compensación, conforme al artículo 1198 del CC».

²⁷⁹ Vid. MORETÓN SANZ, *op. cit.* pp. 254 ss.

²⁸⁰ En este sentido, MESSINEO en los años cuarenta ya hacía mención expresa a este punto (*vid. Doctrina general del contrato, I, cit.*, pp. 20 y 21).

²⁸¹ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, «El principio *pro consumidor* del artículo 51 de la Constitución», *Libro homenaje Albaladejo*, Madrid, 2005.

²⁸² En este sentido, en el B.G.B. se advierte, de conformidad a las Directivas comunitarias que devendrá ineficaz la condición general cuando dicha cláusula en los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, un tercero ocupe o pueda ocupar la posición del predispone en los derechos y obligaciones derivados del contrato, salvo que la en la cláusula se designe nominalmente al tercero o se reconozca a la otra parte el derecho a desistir del contrato (según la traducción de VIVES MONTERO quien por cierto intitula este párrafo como novación subjetiva cuando el término empleado por el reformador del B.G.B. se limita al del cambio de las partes contractuales, *vid. VIVES MONTERO, «Traducción de la Reforma 2002 del B.G.B.»*, ADC, LV, III, 2002, p. 1.251).

²⁸³ En todo caso, el Derecho del consumo como tal no es sino Derecho civil ya que, en definitiva, y como ha hecho el legislador alemán, ha de evitarse el derecho estamental que parece que fue tónica general en el siglo XX y abogar por su integración plena en el ordenamiento ordinario (sobre la integración del consumo en el B.G.B., *vid. ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.»*, *cit.*, pp. 1141 y 1143).

ponen en este punto, es evidente que la radical falta de consideración del deudor en el caso de la expromisión demuestra la escasa concreción del principio en lo que a la transmisión de las deudas atañe.

B) El principio de no empeoramiento de la condición del deudor y su aplicación en las excepciones oponibles por el antiguo deudor al nuevo: *invito beneficium non datur*

Como decíamos y a falta de un principio general del *favor debitoris* pueden ser traídas a colación ciertas aplicaciones singulares de esta regla de la protección del deudor. En primer lugar, cabe reseñar en términos generales el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión del contrato o de la posición contractual activa, toda vez que si el deudor no ha de intervenir en dicha cesión, tampoco ésta debe perjudicarlo como *res inter alios* que es²⁸⁴.

En especial se ha de analizar el caso de la protección del deudor frente a la cesión incontestada realizada por parte del acreedor a otro sujeto activo. En cualquier caso, teniendo presentes los artículos 1198²⁸⁵, 1164²⁸⁶ y 1528²⁸⁷ del CC, el 149 de la Ley Hipotecaria y la Directiva 1987/102/CE, de 22 de diciembre, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (Directiva que en sus Considerandos declara que «no debería permitirse que la cesión de derechos del acreedor derivados de un contrato de crédito debilite la posición del consumidor»), puede resultar extrapolables a la expromisión ya que, independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera atribuir al convenio entre un tercero que asume la deuda y el acreedor, lo cierto es que, en principio, el deudor exprometido carece de elementos jurídicos que le permitan impedir la sustitución realizada al amparo del artículo 1205 (salvo evidentemente, el pago al acreedor antes de haber conocido y consentido la novación de la relación obligatoria primitiva)²⁸⁸.

²⁸⁴ Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, cit., p. 222.

²⁸⁵ «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente». En definitiva, la lectura *sensu contrario* autoriza a que el deudor que no se hubiese negado a la cesión podrá oponer al nuevo acreedor la compensación que le correspondería contra el antiguo.

²⁸⁶ «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor».

²⁸⁷ «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

²⁸⁸ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 408, declara sobre el tratamiento procesal de la alegación de la compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, lo siguiente: «1. Si, frente a la pretensión actora

Por tanto, esa aplicación del principio de no empeoramiento del deudor, significaría para el caso de la expromisión, que el deudor exprometido estaría legitimado para oponer al nuevo deudor expromitente o expromisor una prestación que habría podido negar en la relación obligatoria primitiva a su acreedor primitivo. De modo que cuando quien haya ocupado su posición pretenda subrogarse en el lugar del acreedor, el antiguo deudor podrá excepcionarle la compensación a que tenía derecho contra el primitivo sujeto activo o la prescripción de la deuda. Otros autores entienden que al tratarse ese convenio entre el acreedor primitivo y el nuevo deudor de un acto en el que el sujeto pasivo primigenio es tercero, pero configurado jurídicamente como un convenio verificable sin el consentimiento del deudor, no se trata de un acto inoponible. Tal acuerdo sería inoponible si no existiera la previsión normativa del 1205 que autoriza la expromisión realizada sin el conocimiento del deudor. Por su parte, Ragel Sánchez estima que un acto es inoponible cuando no puede impedir que una persona determinada protegida por la norma ejerza un derecho²⁸⁹.

Sobre este punto relativo al pretendido empeoramiento de la condición del deudor, ha de tenerse presente que una de las concreciones de la protección de la parte más débil resulta ser, precisamente, la imposibilidad de empeorarla. Permite al antiguo sujeto pasivo cuando se ventile la reclamación del que haya pagado por él, excepcionarle la compensación y la prescripción, con la finalidad de limitar la acción de reembolso a lo que se haya sido útil²⁹⁰. Pese a ello es dudosa la aplicación de dicha regla al objeto de estudio ya que ofrece ciertas resistencias con el principio de que a nadie

de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada».

²⁸⁹ Vid. *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, cit., p. 13; vid. también, PAU PEDRÓN, «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», cit. En el caso de la cesión de créditos, sí es posible que la verificada por el acreedor con un nuevo sujeto activo, con desconocimiento del deudor, sea inoponible para éste, en el único sentido de la previsión normativa de la Ley Hipotecaria, de que el pago realizado por el deudor al antiguo acreedor, al no habersele notificado la alteración de la titularidad activa del crédito, será válido.

²⁹⁰ Vid. *infra*, en el capítulo siguiente las relaciones entre la naturaleza jurídica de la *expromissio* y la donación, así como en el capítulo octavo los efectos del convenio expromisorio.

se le puede obligar a mantener vínculos con quien no quiere o en definitiva, «nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él»²⁹¹ al entrar en clara contradicción con el artículo 1256 del CC²⁹².

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en los siguientes términos: «Disponiendo, de otra parte, el artículo 1209 del CC que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código, siendo obvio que entre dichos casos no puede menos de estimarse comprendida la cesión de un crédito a que se refiere la preceptiva contenida en sus artículos 1526 y siguientes, con los efectos de que a tenor del artículo 1528, coincidente con el 1212, la repetida cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, por lo que en el caso de la *litis* la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conservó en su integridad, ya que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sancionada, entre otras, en sus sentencias de 27 de febrero de 1891, 28 de octubre de 1957, 7 de julio de 1958 y 5 de noviembre de 1974, “la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance, que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho en favor del cedente”, todo lo que lleva, en definitiva, a sentar la conclusión de que la sentencia recurrida no violó por falta de aplicación los preceptos del CC que en el motivo aquí analizado se suponen infringidos por la misma»²⁹³.

Otro fenómeno de raíz común y consecuencias, por el contrario, distintas de esta genérica prohibición del empeoramiento de la situación del deudor en cuanto a los resortes que asisten al sujeto pasivo

²⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., p. 147.

²⁹² *Vid. supra*, la patrimonialización del vínculo y el programa de la prestación, así como la peculiar intranscendencia de la oposición del deudor a su expulsión de la relación obligatoria. Cuestión distinta será la relevancia jurídica que se concrete en el reembolso o subrogación que pretenda el extraño que intervino por otro.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1983. En cuanto a la coincidencia entre el artículo 1528 y 1212 del CC así como la afirmación de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30 de septiembre de 2002, en la que se sostiene que la cesión de crédito representa un negocio bilateral o negocio de disposición causal, dependiente del negocio en que se funda por lo que transmisión no sólo comprenderá todas las ventajas y garantías como expresamente refiere el 1528 sino también los vicios y excepciones sustantivas oponibles al cedente, ya que si bien el deudor queda, por conocimiento de la cesión, vinculado al nuevo acreedor o cesionario, su posición jurídica no puede agravarse por la mediación de dicho negocio y, en consecuencia, puede alegar a aquél tanto los supuestos de inexistencia o nulidad absoluta como la prescripción o lo efectos derivados del incumplimiento.

primitivo, es la controvertida regla de la negación por parte del beneficiario de una ventaja ofrecida. En este sentido, la falta de relevancia del sentir del deudor relevado hace inaplicable aquella vieja regla en que se puede beneficiar a alguien incluso contra su deseo ya que como se ha comprobado, la asunción de deuda por parte de un tercero autoriza también a éste a reclamar después al primitivo sujeto pasivo.

De modo que no hay liberalidad y, por tanto, ni se le ofrece la posibilidad de aceptarla ni la de rechazarla. Así y por su parte, la *Resolución de 25 de febrero de 1992 de la Dirección General de los Registros y el Notariado* –en un asunto sobre una donación con reserva de usufructo vitalicio en favor del donante y sucesivamente en su esposa– estima el recurso contra la denegación de la cancelación del usufructo hecha por el donante al no constar ni la aceptación de la reserva del usufructo de la esposa, ni la renuncia a esta reserva hecha en su favor. Argumenta para ello que la resolución de las cargas o la reserva de la facultad de disposición son límites al derecho donado y no «derechos adquiridos por tercero, pues *invito beneficium non datur*», procediendo, por tanto, la cancelación no sólo del usufructo sino también de la reserva del mismo en favor de la esposa que no había aceptado la donación del derecho de real de goce.

En definitiva, cobra consistencia el hecho de que al deudor no le asiste ninguna posibilidad jurídica para oponerse al cambio de acreedor y que, en definitiva, no es de aplicación este principio no tanto porque se le imponga cuanto porque, como ya se ha dicho, no recibe como donatario ningún valor positivo, sino única y exclusivamente la liberación del actual acreedor pero no de la deuda²⁹⁴. Ni siquiera atendida la regla de que no es posible imponer liberalidades a quien no quiera recibirlas²⁹⁵. Regla que, a la vista de lo anterior, no es aplicable toda vez que no podemos entender que sobre el deudor primitivo se haya operado una donación sin la correlativa aceptación. Es también dudosa su aplicación, incluso, cuando en el ánimo del nuevo deudor se haya ideado la operación como liberalidad para favorecer al antiguo deudor²⁹⁶ ya que en su

²⁹⁴ Vid. donación vs. Expromisión (MORETÓN SANZ, en prensa).

²⁹⁵ FLORENSA I TOMÁS recoge dos reglas del Derecho romano clásico a las que da aplicación en el caso de la condonación y que resultan también indirectamente en el caso del cambio de deudor no querido por el deudor: No se da beneficio alguno a quien no lo quiere, [D.50.17.69 (Paul., de adsig. Libert 9)]; No se puede adquirir una donación si no se quiere [D.39.5.19.2 (Ulp. 76 ed)] [vid. *La condonación de la deuda en el CC. (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 1996, p. 165. También vid. FUENTESECA, *La condonación de deudas*, Madrid, 2003, p. 69 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Madrid, 1986].

²⁹⁶ En este punto, la doctrina contemporánea a la entrada en vigor del CC español, fundándose en los principios romanos (GAYO, D.46.3.53 y POMPONIO D.46.3.23) sostenía que la condición del que ignora y aun del que no quiere, puede ser mejorada (vid. BOFARULL, *op. y loc. cit.*).

momento podrá consignar la prestación en favor del nuevo titular del derecho de crédito y si, incluso, éste se opone a recibir la prestación habrá que estar a las consecuencias del juicio declarativo en que se ventile la consignación contradictoria.

El mencionado principio de la falta de relevancia jurídica de las liberalidades no aceptadas por el beneficiario, contrasta con el tradicional entendimiento romano de que sí es lícito mejorar a un sujeto incluso contra su voluntad. *Invitus liberari potest*, es decir, que puede ser liberado contra su voluntad²⁹⁷. En este punto conviene clarificar su sentido y su limitado ámbito de aplicación ya que el mencionado principio se refiere y circunscribe al pago del tercero, *solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus*, por lo que no atañe a la donación, sino única y exclusivamente, a la liberación forzosa del deudor de la relación que le vinculaba con su acreedor. En síntesis, autoriza la intervención del extraño aun contra los deseos del deudor; ahora bien, el pago del tercero no impide que el sujeto liberado se vea ahora vinculado con su nuevo acreedor²⁹⁸. En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963* –en un supuesto de transmisión íntegra al acreedor del patrimonio del deudor–, distingue la novación de la donación, ya que con la donación desaparece el vínculo anterior²⁹⁹.

Como decíamos, Bofarull en los albores de la codificación, recurriendo al Derecho romano, sostenía que el fundamento del cambio de deudor conociéndolo el deudor e incluso contra su voluntad se basa en el principio de que la condición del que ignora, y aun del que no quiere, puede ser mejorada³⁰⁰ pese a la contradicción manifiesta con la donación y, que en suma, deba ser entendido en los términos ahora expuestos.

Por su parte y aunque presente un valor incidental en cuanto a los recursos a disposición del antiguo deudor para oponer a quien haya ocupado su lugar, tienen valor, por analogía, las reflexiones de Florensa i Tomás quien afirma que la máxima *invito beneficium non datur* no resulta de aplicación en los casos de condonación³⁰¹. En este punto, mi Maestro el Profesor Lasarte Álvarez, afirma que este principio –también conocido como *nolenti non fit donatio*, o

²⁹⁷ (D.46.3.23).

²⁹⁸ En el mismo sentido, GAYO D.46.3.53, *solvere pro ignorante et invito cuique licet*, o la mejora de la posición de alguien incluso contra su voluntad.

²⁹⁹ *Vid.* el pago efectuado por un tercero y su reputación como donación en el CC portugués.

³⁰⁰ (L. 8, § 5, tít. 2, lib. 46 Dig.: L.53, tít. 3, lib. 46 Dig.) (*vid.* CC español, según la *Novísima edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los Códigos extranjeros*, II, cit., p. 364).

³⁰¹ *Vid.* La condonación de la deuda en el CC (*Estructura y objeto del negocio remisivo*), cit., pp. 165 ss.

que a nadie se le puede obligar a aceptar una donación— es, por el contrario, aplicable al caso de la condonación, por lo que no será posible forzar al deudor a liberarse de la obligación³⁰². Afirmación por cierto que es la base del vigente entendimiento jurisprudencial de la compensación por cuanto la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2006*, que declara que «el automatismo de la compensación que el artículo 1202 establece constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, más no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores»³⁰³.

En suma, el derecho del deudor a la liberación en la *expromissio* no es tal ya que sólo se le libera del acreedor primitivo y no de la ejecución de la prestación que, en su caso, le reclamará quien haya ocupado el lugar del titular del derecho de crédito³⁰⁴; por ello nada tiene en común con el principio *invito beneficium* ya que no es una donación y por ende, no es una excepción a este necesario requisito de la aceptación del beneficiario en un negocio de aquella naturaleza. Frente al derecho que ostenta en cuanto a que no pueda ser empeorada su condición, principio que deviene plenamente aplicable en el ejercicio, contra el nuevo deudor en vía de regreso, de las excepciones que habría podido oponer a su acreedor original³⁰⁵.

2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS Y EL DE LA RELATIVIDAD CONTRACTUAL

A) El principio de conservación negocial como principio favorable al efecto acumulativo de deudores

Por su parte, otro principio resulta de general aplicación en materia de cambios de deudor, especialmente reavivado su valor y vigencia con la interpretación jurisprudencial que impone que, en defecto de otra declaración, la asunción de deuda verificada vía expromisoria o delegatoria, producirá la acumulación de deudores³⁰⁶.

³⁰² Vid. *Principios de Derecho civil*, 2, cit., p. 200.

³⁰³ Vid. *infra*.

³⁰⁴ Vid. MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», *RDN*, IX, XXXII, 1961, p. 395 y GIORGANNI, *La obligación*, Barcelona, 1958, p. 69.

³⁰⁵ Ya se ventilará en su momento, si bien parece que este principio no resultará de aplicación, y por tanto, no podrá oponer al nuevo deudor dichas excepciones cuando haya consentido y por tanto este nuevo deudor se haya subrogado en la posición del acreedor.

³⁰⁶ Vid. *infra*; en particular la intelección jurisprudencial del requisito de la incompatibilidad del artículo 1204 y el efecto acumulativo referido a los requisitos y efectos del pacto expromisorio (MORETÓN SANZ) *op. cit.*, pp. 189 ss.

De lo dicho hasta ahora y a reserva de lo que luego se dirá, el principio de conservación de la relación obligatoria tiene prevalencia frente al tradicional efecto extintivo de la *novatio*³⁰⁷ típico de la época clásica y de ciertas interpretaciones restrictivas de su eficacia³⁰⁸. En este sentido, Roca Sastre remitiéndose a Adler, ponía de manifiesto cómo se ha impuesto la conservación del vínculo, siquiera sea modificado, frente al principio novatorio que imperaba en el Derecho romano³⁰⁹; con todo hay que reiterar que dicha necesaria consecuencia extintiva de la estipulación novatoria fue relativizada, uno, por la paulatina pérdida del personalismo y, dos, por la suavización de los rigores formalistas que provocaron, conjuntamente, que en época justiniana y a la vista de la dificultad y resistencia de intelección de las presunciones, se prefiriera la conservación del negocio, empero modificado, que la incertidumbre sobre los efectos deducibles de una intención no expresada claramente³¹⁰.

Es decir, en la época justiniana se sientan las bases para lo que hoy calificamos como principio de conservación, dado que se prefiere la adhesión de un deudor adicional a la sustitución del sujeto pasivo precedente, en aquellos casos en que no conste expresamente la intención extintiva de las partes³¹¹. En definitiva, las tensiones entre sustitución y relevación o, en suma, entre acumulación/modificación y novación/extinción se ven resueltas en favor del mantenimiento de la deuda, reforzada ahora por un nuevo y adicional deudor que no releva sino que se acumula al precedente.

En todo caso, parece que con aquel principio de conservación se consolida la falta de presunción favorable a la *novatio* —o mejor,

³⁰⁷ Como consideración que se deduce de la falta de presunción favorable a las renunciaciones (*vid.* BONET RAMÓN, 1947, *cit.*, p. 689).

³⁰⁸ Por su parte, REINOSO BARBERO estima que el principio «*utile per inutile non vitiatur*» (lo útil no se vicia por lo inútil), es de aplicación preferente en el ámbito de la jurisdicción contenciosa-administrativa ya que en «el ámbito civil, nos encontramos con múltiples excepciones al principio, donde la ausencia de requisitos esenciales o naturales pueden viciar un acto que sería válido de concurrir aquel requisito» [*Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, *cit.*, p. 247].

³⁰⁹ *Vid.* ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *cit.*, p. 296; MARÍN PADILLA, *El Principio General de Conservación de los Negocios Jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Barcelona, 1990.

³¹⁰ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la fórmula de oposición de la nulidad de la relación en que se funde la reclamación principal, declara en el párrafo segundo del artículo 408, «si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funde la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción».

³¹¹ *Vid. supra.* En el caso de la nueva regulación italiana la acumulación de deudores ha sido calificada por la mejor doctrina como efecto natural que acompaña tanto a la delegación como a la expromisión (*vid.* RODOTÀ, «Esposizione», *Enciclopedia del diritto*, XV, Varese, 1966, p. 782).

a su efecto extintivo—, excepto en los supuesto en que concurra o exista incompatibilidad entre ambas relaciones. Con todo, conviene reservar esta apreciación sobre el homogéneo tratamiento jurisprudencial recibido por el artículo 1204 del CC, ya que otros aspectos de la institución no han recibido una interpretación tan lineal.

De modo que, frente al principio de conservación de los negocios y la falta de presunción favorable a la novación, juega la noción de incompatibilidad, cuyos términos no siempre han sido aplicados en idéntico sentido. Así, fue aplicado por la vieja *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1896* —recogía, a su vez, la doctrina sentada en las de 16 de junio de 1883, 15 de enero de 1886, la de 25 de enero de 1889 y la de 24 de noviembre de 1890— la cual sostenía que si bien la novación no se presume, si hay incompatibilidad entre las dos obligaciones habrá novación y por tanto desaparición de una de ellas «porque los pagarés que se expiden por renovación de otros anteriores son realmente incompatibles con ellos, y porque el hecho, reiterado y reconocido por la recurrente, de haber aceptado las renovaciones de una persona para ella conocida y distinta del primitivo deudor, no permite dudas que ha habido verdadera y manifiesta novación, á tenor de la jurisprudencia». Con todo habrá que ventilar que su sentido vigente no coincide con el que se acaba de exponer³¹².

Por su parte, la jurisprudencia reiteradamente declara el principio de conservación de los negocios y, en su virtud, toda causa de imposibilidad habrá de interpretarse restrictivamente debiéndose optar, en su caso, por el cumplimiento sustitutorio³¹³. No cabe duda, que con la mejor doctrina italiana, más que principio contractual éste se extiende en buena lógica a todos los negocios jurídicos³¹⁴ y que, en resumidas cuentas, es de aplicación en el supuesto de la acumulación subjetiva con carácter solidario.

³¹² La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1947 reitera el principio de que la novación al implicar siempre una renuncia, no se presume. En definitiva, no hay presunción favorable a la novación, habiendo de concurrir de forma clara y terminante el ánimo novatorio (*vid.* su comentario por BONET RAMÓN, *cit.*, pp. 687 a 689); *vid.* MORETÓN SANZ (*ibidem*), la inaplicabilidad del artículo 1.204 del CC a la expromisión y la intelección del Tribunal Supremo de la falta de expresión del ánimo o intención novatoria como argumento acumulativo de deudores.

³¹³ *Vid.* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, *cit.*, p. 161. El artículo 1285 «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». Por su parte, el artículo 1313 justifica la afirmación de mi Maestro el Profesor LASARTE ÁLVAREZ de que tal confirmación recoge el principio de conservación de los negocios jurídicos (*vid. Principios de Derecho civil*, 3, *cit.*, p. 166). Precepto que dice, «la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

³¹⁴ *Vid.* MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I, *cit.*, pp. 20, 500 y 507. Expresamente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contempla, en su artículo 230, el principio de conservación de los actos procesales, en similar sentido al artículo 242 de la Ley Orgánica

B) El principio de relatividad del contrato: la *expromissio* como excepción a la regla. la intervención de un tercero en una obligación ajena

En las siguientes líneas se ventilará el principio de relatividad y la particular excepción en que se convierte el cambio de deudor. Inicialmente, el artículo 1257 del CC al determinar los efectos de los contratos y restringirlos, de una parte, a sus otorgantes y, de otra, a sus herederos, elimina, en principio, del círculo a los sucesores a título singular³¹⁵ así como al heredero de aquellas obligaciones intransmisibles *ex natura vel lege*³¹⁶.

Ya desde antiguo el Tribunal Supremo había sentenciado en este sentido –aplicando para ello las Partidas y los principios de derecho admitidos por los tribunales–, declarando así que los contratos sólo se ventilan y vinculan a las partes suscribientes³¹⁷, excepción hecha de las consideraciones antecedentes³¹⁸.

del Poder Judicial, al decir: «La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido no pudiese haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad». En su párrafo segundo, se sostiene que «la nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla» (este precepto no tiene aplicación en tanto no se modifique la LOPJ, según su Disposición Final 17.^a *Vid.* el artículo 242 de la LOPJ).

³¹⁵ En este punto CHAUMETTE prefiere distinguir entre la sustitución de personas y otras situaciones distintas como sea la cesión de deudas (*vid.* «La subrogation personelle sans paiement?», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1986, p. 35).

³¹⁶ «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada» (*vid.* Díez-PICAZO, «Comentario a los artículos 1256 y 1257», en *Comentario del CC, II, cit.*, pp. 432 a 436, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 1257 del CC», *Comentarios al CC*, tomo XVII, 1-A, pp. 322 ss. En particular, sobre la extinción de las relaciones obligatorias por muerte o incapacidad sobrevinida y los artículos 1257 y 1112, pp. 335 ss.; *vid.* también BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», *ADC*, LIII, I, 2000, p. 89).

³¹⁷ Sentido reiterado últ., en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2006 que declara que «el artículo 1257 del CC establece el principio general de acuerdo con el que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que “en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento” (sentencias de 23 de julio de 1999, así como la de 9 de septiembre de 1996). Por ello, “si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe”».

³¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1873 establecía que «cuando se prueba por carta valedera la extinción de la obligación, cuyo cumplimiento reclama el recurrente, al estimarlo así la Sala sentenciadora y al pronunciar la absolución de la demanda no infringe la ley 32, tít. 16 de la Partida 3.^a ni los principios de derecho admitidos por los Tribunales, según los cuales los contratos no surten efecto contra terceros no contratantes, y los contratos se interpretan por su objeto principal y no por puntos incidentales».

Por otra parte, más cercanamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inaplicabilidad del actual artículo 1257 en los supuestos en los que exista, libremente consentida, una novación o modificación sustitutiva entre los sujetos primitivamente vinculados³¹⁹. Distinto de este principio de relatividad es el caso de sucesión procesal, por el que un tercero ajeno interviene en un procedimiento³²⁰.

Esta excepción a la relatividad, es el sentido del caso que ventila la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1980*, ante la alegación del contratista demandado por el Colegio Oficial de Ingenieros reclamando el impago de un proyecto encomendado a uno de sus colegiados. Recuerda su considerando segundo que «resulta evidente que el recurrente está confundiendo la relatividad y límite de la fuerza y eficacia personal de los contratos, circunscrita a los que en él han tomado parte y el ejercicio de las acciones a las que dan lugar, que lo puede ser, tanto por lo que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico permite o, les atribuye (...) supuestos éstos a los que la técnica procesal estima como de sustitución (...)\», pudiendo, en definitiva, plantear estos últimos supuestos de sustitución procesal problemas de legitimación pero nunca de relatividad.

Pues bien, deslindado el problema de la relatividad de otros supuestos en que pese a que concurra una sustitución subjetiva no afecta a este principio, conviene destacar especialmente la *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975*. La resolución ostenta valor propio al ventilar el problema de la cesión de contrato desde la teoría de la atomización entre derechos y obligaciones, en un momento en que aún no se había puesto orden en esta figura atípica de la cesión de la posición contractual íntegra; además habiendo sido dictada siendo Ponente Beltrán de Heredia, ofrece también un rigor y una precisión que obliga a detenerse en sus consideraciones.

En el caso de autos y fruto de una compraventa de varios solares, siendo Dolores y Emilia las vendedoras, se inserta en dicho

³¹⁹ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1974, en un asunto sobre una acción declarativa de dominio declaraba que «cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no intervino en el mismo, el ajeno del contrato deja de ser tercero, precisamente porque el beneficio o perjuicio excepcióna el aforismo *res inter alios acta allis neque prodest neque nocere potest* del Código justinianeo».

³²⁰ En este sentido, REINOSO BARBERO explica con claridad que el principio «*res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*» (la cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros», recoge sustancialmente la misma regla de MODESTINO (D.44.1.10) con la particularidad de que afecta tanto al Derecho material como al procesal [vid. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, cit., pp. 196 ss. y 173 ss.].

contrato una cláusula por la que, en lo que al precio diferido se refiere y a otras prestaciones no pecuniarias «no tendrán más acción que la personal contra la Sociedad compradora». Incumplidas aquellas obligaciones e interpuesta demanda contra la sociedad compradora, se detecta que, a su vez, otra sociedad había adquirido los solares en cuestión; en su virtud las demandantes entendieron continuadora en los derechos y obligaciones de la vendedora.

Repárese que con una cláusula de esa naturaleza se atribuía la condición de intransmisible a tales obligaciones pecuniarias y no pecuniarias contenidas en el contrato de compraventa. En definitiva, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada las partes eliminaron la posibilidad de sucesión subjetiva en dichas obligaciones.

En casación se anularía la resolución de la Audiencia por el que se condenó a la entidad que había adquirido del primer comparador el solar, al cumplimiento del contrato originario y por ello al pago de las cantidades adeudadas, anulando dicha pronunciamiento por haber incurrido en infracción de ley.

Y sus impecables argumentos son: «con lo que se proclama [con el artículo 1257 del CC] en nuestro sistema el principio de relatividad de los contratos o, más exactamente, de sus efectos, que no son sino las obligaciones que de ellos nacen, con lo que se quiere significar que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales cuya eficacia es frente a todos *erga omnes*, aquí es meramente relativa, como relativas son las obligaciones, con sujetos concretos, específicos y determinados, rigiendo por tanto la vieja máxima de que *res inter alios acta, tertiis neque prodest neque nocet*, principios y consecuencias que fueron escrupulosamente mantenidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, conocida por la reiterada, que especial y razonadamente recoge la Sentencia de 12 de noviembre de 1960; y si bien es cierto que la regla no es absoluta, puesto que el mismo artículo 1257 en su párrafo segundo permite las estipulaciones en favor de terceros y, como después se dirá, existen casos en que pueden repercutir los efectos obligacionales en persona que no intervino en la celebración del pacto, no lo es menos que son excepcionales y que, en cuanto derogatorios de lo que es modo normal y general de suceder, deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo, partiendo siempre, por supuesto, del contrato específico que rige su existencia (...)».

De modo que en la resolución se estima que siendo como es la posibilidad de sucesión subjetiva una quiebra del principio de relatividad contractual, todas las excepciones han de ser interpre-

tadas restrictivamente, teniendo en cuenta además la ley privada de las partes. Y en el clausulado se incluyó expresamente la indelegabilidad del sujeto pasivo de ciertas obligaciones de carácter personal.

Declara seguidamente la Sentencia en el Considerando que, por su interés se reproduce en su integridad «que con independencia del contrato originario que sí por sí solo, según se acaba de ver, no afecta a quien ahora recurre, es preciso también examinar si concurre alguno de los supuestos que se dan en el mundo moderno como consecuencia de las relaciones sociales y sobre todo económicas contra un sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales que impide la sucesión en sus titularidades o simplemente su modificación desde el punto de vista subjetivo, con la inevitable producción de efectos respecto de personas que no habían intervenido en el pacto, que llegaron hasta el reconocimiento de la figura conocida con el nombre de “cesión de contrato”, que tiene su primera consagración legislativa en los artículos 1406 y siguientes del Código Civil italiano de 1942; posibilidad transformadora que en nuestro ordenamiento habrá de verificarse dentro del marco estricto de las normas legales vigentes, a cuyo tenor solamente podrá verificarse a través de un triple procedimiento: bien extinguiendo las obligaciones anteriores por empleo de la novación propia o extintiva, bien modificándola si se utiliza el mecanismo de la delegación puramente acumulativa, que autoriza a *sensu contrario* el citado artículo 1204, a consecuencia del cual el acreedor o deudor nuevos quedan acumulados o unidos a los precedentes, o bien pactando la sucesión sin extinguir las obligaciones que igualmente permite el propio precepto, puesto en relación con el 1203, supuesto éste de sucesión propiamente dicha que aparece reconocido por lo que al crédito se refiere con las formas de cesión de créditos (arts. 1526 ss. del Código) y de la subrogación o pago con subrogación (arts. 1209 ss. del mismo Cuerpo legal), y por lo que afecta al lado pasivo, con la asunción de deudas a título particular o privado, construida doctrinalmente en nuestro Derecho al amparo del número segundo del artículo 1203 en conexión con los 1204 y 1205, todos ellos del CC, según se evidencia en la sentencias de 22 de febrero de 1961³²¹, 10 de febrero de 1950 y 6 de junio de 1961, entre otras; figura esta última en la que se apoyaron las dos sentencias de instancia, especialmente la dictada en primer grado —con razonamientos que en este punto hace suyos la recurrida—, para tratar de justificar la repercusión en

³²¹ Probablemente sea la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1947.

contra de la Sociedad recurrente de las obligaciones contraídas por “Equipamientos Turísticos y Hoteleros” en el primitivo contrato de 1962, olvidando, sin embargo, que justo porque se trata de obligaciones y porque supone la derogación del régimen normal, la asunción debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido de parte del asunto, así como el conocimiento y consentimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita o presuntiva, sin que en el presente caso concurra ninguna de aquellas voluntades ni sea posible deducir la primordial de querer asumir de la actuación de la mencionada Entidad recurrente al consultar en el Registro de la Propiedad, puesto que, por el contrario, allí pudo constatar que las discutidas obligaciones eran de carácter personal, como igualmente constató que no existía vinculación alguna de orden real que pudiese afectar a la cosa con cuya adquisición se le pudiera transmitir, y sin que pueda alegarse en contra el argumento de la asunción de las obligaciones consiguientes al plan de urbanización de la zona, oficialmente aprobado habida cuenta su carácter legal que imponen la subrogación el puesto del anterior comprador con independencia de la voluntad de los interesados; manteniéndose, por tanto, con toda vigencia la norma de la relatividad del contrato del artículo 1257, que, como se denuncia en el motivo quinto fue erróneamente interpretado, lo que conduce a su estimación, no así el señalado con el número 4, porque en rigor no se da el supuesto de inaplicación del propio artículo sustancia que en él se alega».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 declara, terminantemente, en su fundamento octavo que «el motivo noveno, también amparado en la causa quinta del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, por la que se dice violación del artículo 1257 del CC en su primer párrafo, en cuanto determina la falta de legitimación pasiva de “Vialba, S.A.” y del señor R. “por no haber sido parte estos dos demandados en tales contratos”; aparte la consideración de ser cuestión nueva, esta alegada excepción, es que el recurrente indiscutiblemente está olvidando que frente a la relatividad de los contratos, esto es su efecto entre las partes no las otorgan a no ser intransmisibles, por naturaleza, por pacto o por disposición de la ley, la titularidad del contrato se mantiene entre los que son sucesores y continuadores de los contratantes como sus herederos o aquellos que se han subrogado o asumido en los derechos y obligaciones de los que fueron sus contratantes, dando lugar a la novación modificativa del contrato, conforme al

artículo 1203 del CC en general y para el caso como el que nos ocupa, al artículo 1205 del propio Código, sin afectar a la vida y virtualidad del contrato el que continúa en vigor, manteniéndose sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones como si tal modificación en sus elementos personales no se hubiera producido, que por tanto no debe confundirse con sus efectos respecto a terceros, condición esta de tercero que no alcanza a dichos sucesores o continuadores, por todo lo que el motivo ha de ser desestimado»³²².

En suma, tal y como declarase después la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1992*, «en lo que guarde relación con el motivo sexto, en razón a que si ciertamente el artículo 1257 del CC sanciona que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, ello no impide que también lo produzcan a quien en el contrato haya sustituido a uno de los contratantes, pues que, como tiene reconocido esta Sala en Sentencia del 14 de marzo de 1928, el contrato también obliga al sucesor a título particular, y en general al adquirente de las deudas de los contratantes, que es precisamente lo que ha ocurrido, en el contrato de arrendamiento de que se trata, en que la entidad “Centro Distribuidor de Maquinaria S. A.”, pasó a adquirir la titularidad arrendaticia sobre el local de que se trata que inicialmente había concertado “Distribuidora”».

En idéntico sentido reiterado por la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio 1997*, por cuanto afirma que «no es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos* (Sentencias de 5 de octubre de 1975, 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981)»³²³. Por tanto, no cabe duda de que el acuerdo expromisorio en cuanto convenio que releva a una de las partes del contrato original, y por tanto subrogatorio en sentido amplio, es una excepción al principio de relatividad.

En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente cuando estima las alegaciones de la parte recurrente que sostenía que la responsabilidad decenal recogida en el artículo 1591 del CC no encuentra su origen en ninguna convención, sino en la

³²² Como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1993.

³²³ *Sensu contrario*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997 desestima la aplicación del principio de relatividad por no existir la asunción de deuda alegada para amparar dicha pretensión.

ley y que, por tanto, es una excepción específica al principio de relatividad de los contratos del artículo 1257³²⁴.

En particular, el supuesto de hecho que ventilaba la resolución judicial se refería a un caso en que la entidad adjudicataria de un inmueble (por el antiguo art. 131 de la Ley Hipotecaria) cuya construcción se encontraba paralizada por quiebra de la constructora vendió, a su vez, dicho inmueble a un tercero. Este nuevo adquirente reanudó las obras con otro proyecto redactado por un nuevo arquitecto; por su parte, el Colegio de Arquitectos se opuso al visado del proyecto en tanto el nuevo propietario no garantizase los honorarios del arquitecto que contrató la primitiva promotora. Del hecho litigioso concluye el juzgador que las obligaciones legales sólo pueden exigirse en los casos expresamente señalados no siendo admisible la intención que pretende «que el segundo adquirente del hotel responda del cumplimiento del contrato celebrado entre el primitivo dueño con el arquitecto en cuanto al pago de sus honorarios, y ello es obvio que nada tiene que ver con el interés público que subyace en el régimen legal de la responsabilidad por ruina»³²⁵.

En suma, por lo que al principio de relatividad de los contratos atañe, la Sentencia declara con el recurrente que «no hay ninguna disposición legal que imponga la subrogación de un nuevo propietario en el contrato celebrado entre el arquitecto y la antigua promotora y, al estimar lo contrario la sentencia recurrida infringe el principio de relatividad de los contratos. El motivo se estima porque efectivamente no existe disposición legal que imponga aquella subrogación. La «Sentencia recurrida se basa en el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1992, pero como dice acertadamente el recurso: “Las obligaciones que para la propiedad establece el artículo 22 de la Ley del Suelo vinculan a la propiedad en cuanto a sus derechos y obligaciones urbanísticas, pero nunca en cuanto a sus derechos y obligaciones civiles: son esas obligaciones transmisibles única y exclusivamente las asumidas frente a la Administración urbanística, o frente a terceros como resultas de un procedimiento de urbanización y edificación verificado mediando la autorización e intervención de la Administración —en otras palabras, sistema de compensación urbanística o de cooperación urbanística—, y en tales casos los deberes urbanísticos nacen de actos administrativos dado que emanan de la Administración actuante y la competencia para

³²⁴ *Vid.* también entre otras las SSTS de 31 de enero de 2005 y la de 27 de julio de 2000 sobre la excepción que al principio de relatividad supone el ejercicio de la acción directa.

³²⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005.

conocer de su reclamación correspondería a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”».

En resumen, la Sentencia declara que las obligaciones nacidas *ex lege* no se transmiten salvo que la norma así lo imponga o, en su defecto, las partes afectadas por la sucesión den su consentimiento y que, por tanto, el mencionado precepto de la Ley del Suelo es ajeno a la cuestión litigiosa, puramente civil.

De modo que como declaraban Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida, la relación jurídica obligatoria entendida como deber de prestación trae como consecuencia además de la «correlatividad», la relatividad³²⁶. Y a, su vez este último principio *res inter alios acta, alteri non nocet* implica, pese a la novación perfeccionada, que ésta carecerá de efectos extintivos sobre la relaciones accesoria toda vez que los sujetos de éstas son terceros por lo que a los cambios operados por las partes que modifican en alguno de sus términos la obligación principal se refiere³²⁷.

De lo dicho se sigue que no tanto el principio o la regla como la consecuencia del principio de relatividad, resulta de incontrovertida aplicación, pese a que la *expromissio* en particular se evidencia como una de sus excepciones legales³²⁸.

Por tanto y como estimó el *Tribunal Supremo en su vieja Sentencia de 16 de junio de 1908* –donde se ventila el momento de prestación de consentimiento del acreedor en el cambio de deudor– sobre los motivos alegados por el recurrente «al absolver el fallo recurrido de la demanda a la Sociedad demanda, fundándose en el artículo 1257 del CC, infringía este precepto su primer párrafo, por interpretación errónea, y en el segundo por su no aplicación, porque ese primer párrafo, al preceptuar que los contratos produ-

³²⁶ El que la relación obligatoria lo sea implica que «*se da entre dos sujetos determinados*; que su ejercicio produce la extinción de la relación, como dice HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, 2.ª ed., la obligación es todo y sólo lo que media entre quienes la contraen. (A diferencia de los derechos de la personalidad o personalísimos, cuyo ejercicio no provoca su extinción, antes bien, los reafirma). Además, la relatividad de las relaciones jurídicas obligatorias hace que su ejercicio sea, en principio, oponible sólo al sujeto implicado en la relación y no a otros (a diferencia de la absolutividad de los derechos reales, que son oponibles *erga omnes*)» (*Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, p. 4).

³²⁷ Vid. AZURZA, «Notas sobre novación», *RDP*, XXXIV, 400-401, 1950, p. 604. El principio de colaboración se relaciona directamente con la concepción de la relación obligatoria como prestación. Expresado el principio romano de *invito beneficium non datur*, en sede del poder de disposición del acreedor sobre la deuda que ostenta frente al sujeto pasivo, así como por aplicación del principio de no empeoramiento. Por otra parte, vid. HERBOSA MARTÍNEZ, *La Asunción de Deuda garantizada con hipoteca, cit.*, pp. 96 y 97.

³²⁸ Hay ciertas excepciones que afectan al principio sentado por AZÓN, como el pago del tercero. Por lo que a la aplicación del principio se refiere, vid. las SSTs de 10 de febrero de 1995, 11 de abril de 1995, 3 de julio de 1996, 11 de noviembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998 y lo que luego se dirá.

cen efectos entre las partes contratantes y sus herederos, *no prohibía que otra entidad* no contratante por convenio directo tomara sobre sí todos los derechos y obligación de una de las que contrataron, y esto es lo que ocurrió en los hechos de autos, pues constaba en éstos que según los datos del Registro mercantil, únicos eficaces jurídicamente para la Sociedad recurrente respecto al contrato celebrado para la fusión de la Azucarera de Pravia con la General Azucarera, la primera se fundió en la segunda, ó fuese que ésta tomó sobre sí los derechos y obligaciones de aquéllas, y entre éstas la de satisfacer a la Unión y El Fénix Español las primas del seguro que la de Pravia contrato con dicha Sociedad recurrente, y como ésta era tercero en este contrato de fusión, en el que se la venía a reconocer un derecho, el de cobrar dichas primas de la Sociedad General, correlativo de la obligación que ésta aceptaba al aceptar todas las de la Azucarera de Pravia, la Sala Sentenciadora debió aplicar, y no aplicó el párrafo segundo del repetido artículo 1257 del CC, y debió estimar que, según él La Unión y el Fénix Español tenía derecho a exigir ese beneficio ó derecho á cobrar las primas de la Sociedad General, como lo hizo en la demanda origen, de este pleito, toda vez que el beneficio había sido aceptado por la Unión y El Fénix Español, puesto que lo reclamaba sin que hubiese sido revocada hasta la fecha».

De lo dicho se sigue la afirmación que sostiene que la subrogación personal ha de ser entendida como una excepción al principio de relatividad de los contratos³²⁹; en buena lógica, y como excepción al sistema ordinario, se impone su interpretación restrictiva por lo que también es razonable exigir la concurrencia de su expresión.

VI. CONCLUSIONES

En el Derecho romano clásico la institución protagonista es la *stipulatio* y, en particular por lo que a la materia importa, la estipulación novatoria, en la que no se requería hacer expresa declaración

³²⁹ Vid. la oponibilidad y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000; GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981. También en la voz «Opérations juridique à trois personnes» de JEULAND JEULAND (*Droit des obligations*, Paris, 1999, p. 125) donde afirma que una operación jurídica entre terceras personas es aquella operación por la cual deviene deudor o acreedor en lugar de otro. Según el principio de los efectos relativos de un contrato, un tercero no puede ser deudor o acreedor en una obligación en la que no ha participado (*vid.* artículo 1165 del *Código*). En suma la obligación es relativa y consecuencia de dicha relatividad se deduce la inoponibilidad (MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de droit civil, II, obligations*, Paris, 1998, p. 50).

de voluntad, toda vez que se encontraba implícita en la fórmula empleada y que presentaba, como efecto invariable, la sustitución de una *obligatio* por otra. En la época justiniana, al ceder los rigores del formalismo anterior y para ordenar los efectos de la declaración de voluntad, se exige la concurrencia explícita del *animus novandi* de las partes; advirtiéndose que, caso de no hacerse dicha mención el efecto del pacto y en lugar de extinción novatoria, no resultará sino una acumulación pasiva. Por ello se puede afirmar sin equívocos que la *novatio* es un efecto de la estipulación novatoria, como bien señalase Sancho Rebullida, pero no el único ya que, también, existe la consecuencia modificativa fruto de un pacto en que no concurre el *animus novandi*. Dicha modificación se presenta como sinónima de acumulación y, como la extinción novatoria, es un efecto al que se puede llegar mediante *delegatio* o acuerdo de relevación entre deudores aceptado por el acreedor y la *expromissio* o sustitución pasiva en la que no media acuerdo entre deudores.

Si se incorporan a dichos efectos ciertos presupuestos doctrinales, el entendimiento de la prestación como instrumento de cooperación y la declarada intención del codificador de favorecer el cumplimiento de la relación obligatoria independientemente de quien la ejecute, se cierra el sistema teórico favorable a la libre transmisibilidad de las obligaciones. Es más, la fuerza expansiva de este marco dogmático, normativo y jurisprudencial de la sucesión singular de las deudas ratifica, a su vez, la aplicabilidad de ciertos principios contractuales en esta materia ya que, en particular, la figura que nos ocupa se convierte en una singular excepción de la relatividad.

Desde que una relación nace hasta que se extingue definitivamente, sea por el efectivo cumplimiento de su destino sea por otros motivos, ciertos hechos pueden afectar a su desenvolvimiento. En buena lógica, los componentes del vínculo pueden ser alterados, modificados y sustituidos; mutados en suma. En virtud de este fenómeno y pese a la vocación de autoextinción de los derechos de crédito, la categoría funcional de la prestación duradera se configura como presupuesto lógico para el objeto de este estudio, toda vez, que única y exclusivamente resultará posible el cambio de elementos en vínculos con permanencia más o menos dilatada en el tiempo.

En este sentido se acredita la influencia del historicismo e idealismo alemanes y la concepción del vínculo como ente orgánico sobre el que operan los «fenómenos de la vida» o *vicenda* o vicisitudes en su ciclo vital, concepciones todas ellas que favorecen la

sucesión singular de las deudas y, por ende, este efecto en el pacto espontáneo de asunción de deudas o expromisión.

Por su parte, las cuestiones terminológicas exigibles por prurito y rigor técnicos no pueden convertirse en protagonistas de un estudio institucional; en su virtud, cabe concluir que resulta aceptable la sinonimia entre las distintas expresiones –extinguir, variar– con la particularidad de que la «alteración» es más amplia e incluye tanto los cambios extintivos como los que carezcan de este efecto.

El consenso entre la doctrina española reside en la ubicación sistemática del fenómeno modificativo en los sucesos de interés del ciclo vital del vínculo si bien no hay unanimidad en la terminología utilizada que es dispersa y acepta distintas expresiones como modificación, alteración, cambio, transformación, todas ellas empleadas con un valor análogo. El término «subrogación» que en sí mismo es un efecto de los anteriores procedimientos reservado en un principio para la modificación en la titularidad activa, también resulta conveniente para significar el efecto de la sustitución u ocupación del lugar subjetivo pasivo u activo.

En cuanto a la opción de este trabajo y dada la directa relación de la institución con la sucesión singular de las deudas principio que, a su vez, se relaciona de forma directa con la despersonalización del vínculo y por ende con su libre transmisibilidad, parece que más acertado afirmar que la consecuencia de la *expromissio* es la modificación de las relaciones obligatorias gracias a la transmisión de las deudas.

Por lo que se refiere al dogma de la intransmisibilidad baste recordar que, en términos generales, su fundamento estructural se encuentra en el sistema del Derecho romano y con él –como él– evoluciona de forma paralela al distinto entendimiento del vínculo y de sus elementos personales, hasta consumarse su práctica desaparición o, cuando menos, su modulación y sustitución por la transmisibilidad de las obligaciones. De modo que, la función de la *obligatio* pasaría a servir al interés de la satisfacción del derecho de crédito en lugar de atender a la originaria vinculación personal a la que respondía.

Por tanto si la tradicional concepción romana traía causa directa del entendimiento estrictamente personalista de la *obligatio*, desde este principio y en términos generales, en la Edad Media, se concretan ciertas instituciones nacidas con la intención de favorecer el tráfico y que indirectamente consiguen la transmisión mediante vías únicas y directas del lado activo. Gracias a ello, paulatinamente, se fueron introduciendo fórmulas con que flexibilizar las consecuencias de la sustitución del deudor. En particular, el

Derecho común recupera del sistema romano la idea de la intransmisibilidad si bien, mediante figuras de tránsito como la *assignatio* o indicación de pago y la delegación imperfecta, se evitan sus rigores. En síntesis, las nociones más tradicionales cederían, con el paso del tiempo, a la visión patrimonialista que antepone y se ordena al cumplimiento de la prestación antes que al sujeto inicialmente vinculado a la relación obligatoria.

Precisamente, la familia de los códigos latinos fundada en el respeto a la libertad de forma, también atiende a las consecuencias de la ausencia de mención específica sobre la intención que anime al cambio de sujeto pasivo. Y el efecto, teniendo presente el principio de conservación de los contratos, es este procedimiento relativamente modificativo porque acumula y añade un nuevo deudor al preexistente. Con todo, ha de destacarse que buena parte de la doctrina española de mediados del XIX obvió esta construcción justinianea y dedujo que la modificación acumulativa resulta ser uno de los elementos que autorizan la libre transmisión de las deudas, fundándose para ello en la codificación germánica sin atender a que, en puridad, el origen de dicha acumulación encuentra su sede en las fuentes justinianas.

En resumidas cuentas, lo cierto es que la doctrina preconizada por De Diego se consolidó tempranamente como visión mayoritaria compartida unánimemente por la jurisprudencia que ha aceptado de forma inequívoca las tesis favorables a la sucesión singular de las deudas. Esta sucesión pasiva *inter vivos* es un fenómeno que se encontró con todos y cada uno de los elementos favorables para su generalización doctrinal, al gozar de la ratificación legislativa en otros textos codificados que, a su vez, ostentaban la acreditada revisión crítica del Derecho romano, como proceso previo a la aprobación del B.G.B. Además de los elementos ideológicos, lo cierto es que la función económica a que están ordenadas las relaciones obligatorias y la propia sencillez de la que está dotada frente al complejo sistema de la interdependencia novatoria con la dificultad que entraña la extinción de un vínculo con el inmediato reemplazamiento de otro, añadía evidencias a la necesaria generalización de la transmisión de las deudas.

La mejor doctrina de este país se hizo eco tanto de las aportaciones germanófilas De Diego como de la doctrina de Enneccerus, perpetuadas unánimemente por la jurisprudencia. Por ello, ni resultan fácilmente rectificables sus consecuencias, ni tampoco tiene utilidad rebatirlas ya que aplicando los principios germánicos o vía interpretación sociológica del artículo 1205 añadida a la autonomía de la voluntad privada del 1255, se llega a idéntico resultado que si

se hubieran aplicado los principios romanos, inviables dadas las radicales diferencias de un sistema de esta naturaleza con los principios en que se funda la contratación contemporánea. En particular la jurisprudencia de los años cuarenta y ya de forma incontestable en los años sesenta, recoge en sus fundamentos jurídicos la doctrina de Enneccerus, y se consolida la práctica de su alegación por parte de los letrados.

Pese a todo, cabe enderezar ciertos argumentos que emplean la crítica sistemática y terminológica del Código Civil español para favorecer la libre sucesión obligatoria, ya que, en puridad no se ajustan a la realidad tipificada. Por tanto, el argumento del dictado del artículo 1203 sobre la modificación de las relaciones obligatorias frente al 1156 que enumera la novación entre las causas de extinción, no se encuentra debidamente justificada con la sinonimia y la evitación de redundancias que perseguía el codificador. Con todo, el argumento no estorba al conjunto lógico que desemboca en la consecuencia modificativa y mantenimiento del régimen jurídico inicial fruto del pacto expromisorio.

De lo anterior se sigue que deba ser destacada esta reproducción hecha por la doctrina española de las tesis germánicas antes que una elaboración propia; lo dicho se evidencia y ratifica mediante la denominada recepción del derecho alemán verificada con la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944 que recoge en su nuevo artículo 118 la transmisión de la finca hipotecada y los pactos internos entre el adquirente del inmueble sobre el que pesa dicha garantía. Sistemática reforzada, a mayor abundamiento, por la favorable acogida de las soluciones italianas adoptadas en su nuevo Código Civil.

Adicionalmente, otras líneas doctrinales también de procedencia germánica, agregan argumentos a la admisibilidad de la sucesión singular de las deudas como fruto de los acuerdos de relevación pasiva. Basadas en la revisión crítica del tradicional entendimiento de la naturaleza y esencia del vínculo, derogan la visión clásica que la residenciaba en la conducta del sujeto pasivo, reafirman la descomposición de la teoría del débito y la responsabilidad y conducen a la patrimonialización y objetivación de la relación. Sin duda, todas encuentran sólidos argumentos acerca de la esencia de la prestación; al tiempo, cada una de ellas ha concitado objeciones con el mismo grado de seriedad.

La polarización subjetiva del vínculo hace que cada posición se concrete en un derecho subjetivo donde se integran, a su vez, en ciertas facultades. Por lo que al estudio atañe, la mencionada posición jurídica del deudor materializada en el deber de presta-

ción provoca que, frente a las facultades del acreedor, el sujeto pasivo carezca de una recíproca que le autorice a ceder íntegro su lugar sin la preceptiva intervención del titular del derecho de crédito.

Precisamente, una de las facultades que incumben al sujeto activo del derecho de crédito es su consentimiento al cambio de deudor propuesto, en el caso de la expromisión, por un tercero. En esta ocasión y a diferencia del pago del tercero, el titular del crédito mantiene en la esfera de sus facultades tanto la autorización de la alteración del lado pasivo como, en su caso, la liberación relevatoria del deudor primitivo. Si a esta cuestión se suma que el proyecto al que va dirigido la prestación no es otro que el de su efectivo cumplimiento, bien parece que al sujeto activo se le incorpora la exigencia de un comportamiento proclive a la ejecución de la prestación comprometida, aunque su autor material sea un tercero que ocupará finalmente la posición del antiguo deudor.

En materia de alteraciones subjetivas pasivas ciertas nociones como el dudoso principio del *favor debitoris* no encajan con facilidad; con todo, la evolución constante del derecho ha recuperado el fundamento estructural de aquel principio en el de defensa del consumidor. Resultará, en su caso, de aplicación si bien circunscrito al ámbito del consumo. Por el contrario, el principio de no empeoramiento de la situación del deudor es legítimamente alegable por el sujeto pasivo relevado, por lo que si se opuso al cambio también podrá oponer a quien haya ocupado su lugar, en el momento en que éste ejerza su acción de reembolso, las excepciones que pudo oponer a su acreedor original. Por su parte, del recto sentido del principio de conservación de los contratos resulta consecuente que en materia de relevación de sujetos pasivos se prefiera, en defecto de otra intención expresa, la acumulación de deudores ya que, en buena lógica, no puede desembocar en el reemplazamiento extintivo del vínculo.

En cuanto a la pretendida liberación del deudor mediante la expromisión, no es sino un error ya que este procedimiento sólo le libera del acreedor primitivo y no de la ejecución de la prestación que, en su caso, le reclamará quien haya ocupado el lugar del titular del derecho de crédito. Por ello nada tiene en común con el principio *invito beneficium* que sólo resultará de aplicación, en su caso, en el ámbito de las liberalidades y, en su virtud, no puede impedir el cambio pasivo. En definitiva, el sujeto pasivo relevado deberá cumplir la prestación comprometida sea por la vía del derecho de reembolso que ostenta quien haya ocupado su lugar, sea por

la subrogación producida por el nuevo deudor ante la falta de oposición al cambio efectuado.

Por fin, la expromisión en particular y la subrogación personal, en general, han de ser entendidas como excepciones al principio de relatividad de los contratos. En su virtud, en buena lógica y como singularidad del régimen ordinario, se impone su interpretación restrictiva por lo que también es oportuno reclamar la concurrencia de su expresión. Con ello el sistema se cierra con una coherencia más que razonable al resultar siempre exigible el consentimiento expreso o tácito del acreedor, con consecuencias acumulativas en su defecto.

La responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los viajeros: los artículos 1783 y 1784 del Código Civil

M.ª EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Profesora Contratada Doctora
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Los artículos 1783 y 1784 CC han sido aplicados de manera uniforme y automática, en general, por la jurisprudencia, sin la debida distinción de los casos a los que deben aplicarse y consiguiente exclusión de los demás, pues no todos se pueden considerar incluidos en los mismos, ni todos merecen, en consecuencia, idéntico tratamiento. La prestación comprometida por el empresario hotelero en cada caso, una actividad diligente de custodia o un deber genérico de cuidado, debe determinar el régimen de la responsabilidad, de carácter contractual, de este profesional, al que el Código Civil reputa «depositario». La tesis tradicional de la responsabilidad objetiva y agravada debe someterse a revisión por cuanto, si bien es cierto que puede ser una responsabilidad agravada en relación con la general, no lo es por las razones habitualmente alegadas (la responsabilidad incluso por caso fortuito), ni tampoco se ignoran de manera absoluta la culpa o la diligencia en la delimitación de esta responsabilidad; a ello se une la necesidad de circunscribir esa responsabilidad de mayor alcance sólo a algunos de los casos en que se pueda generar, que no han de ser precisamente aquellos para los que se ha postulado tradicionalmente. La delimitación de las causas exoneratorias de responsabilidad, la restringida fuerza mayor que contempla el artículo 1784 y la falta de observancia por los clientes de las advertencias del empresario sobre cuidado y vigilancia de sus pertenencias a que se refiere el artículo 1783, es imprescindible, sobre todo en relación con ésta última, respecto de la que se detectan algunas contradicciones entre el régimen codicial y normativa reglamentaria; aclaradas éstas, puede concluirse con la nulidad de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad en la esfera de riesgo que corresponde al hotelero y con su validez fuera de ese ámbito. Para la indemnización al cliente, las dificultades de prueba de la preexistencia y del valor de los objetos desaparecidos aconsejan una posición flexible, basa-

da en pautas de normalidad, como han declarado distintas resoluciones judiciales. Parece que el montante de la indemnización no debería limitarse al valor de los bienes sustraídos, debiendo comprender otro daño emergente y el lucro cesante, o, como se ha mantenido en algunas sentencias, un valor de uso o un valor de afección, si bien en función de los casos.

PALABRAS CLAVE

Depósito necesario/depósito voluntario, obligación de custodia, responsabilidad contractual, responsabilidad objetiva y agravada, diligencia, caso fortuito, esfera de riesgo, responsabilidad del empresario o profesional, cláusulas exoneratorias, daño emergente, daño moral.

SUMARIO: 0. *Introducción.* I. *Supuesto de hecho de los artículos 1783 y 1784: ¿cosas meramente introducidas en el establecimiento o cosas entregadas para su custodia? Prestaciones comprometidas en cada caso.* 1. Entrega de objetos para la custodia en cajas fuertes. Referencia al supuesto particular de las cajas fuertes individuales de las habitaciones. 2. Mera introducción de las pertenencias de los huéspedes en el hotel.—II. *Responsabilidad contractual/extracontractual.*—III. *Responsabilidad objetiva/por culpa. Responsabilidad agravada.* 1. Sustracción de efectos en las habitaciones o dependencias del hotel: régimen de responsabilidad de los artículos 1783 y 1784. 1. 1. La responsabilidad «agravada» del fondista: posible fundamento de esta consideración. 1.2. La responsabilidad objetiva del fondista. Influencia de la culpa en la delimitación de su responsabilidad. 2. Sustracción de efectos depositados en cajas fuertes: régimen de responsabilidad contractual general. Posible responsabilidad agravada del hotelero. 3. Responsabilidad por hechos ajenos.—IV. *Requisitos de aplicación del régimen contenido en los artículos 1783 y 1784.* 1. Dar comunicación al hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento. 2. Observar las prevenciones del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los efectos.—V. *Indemnización.* 1. Prueba de la preexistencia y del valor. 2. Indemnización del valor de los efectos sustraídos, del valor de afección y del daño moral.—VI. *¿Se aplican los artículos 1783 y 1784 a otro tipo de establecimientos?*—VII. *Un supuesto especial: la sustracción del vehículo o de los efectos contenidos en él.*

0. INTRODUCCIÓN

El Código Civil español no ha sido reformado en materia de responsabilidad de los hoteleros por la desaparición de las pertenencias de los clientes, reforma que sí han experimentaron otros Códigos de nuestro entorno, por lo que subsiste la redacción originaria de los artículos 1783 y 1784. De modo que así como en otros países, como Francia, Italia o Alemania existe una regulación más precisa de la

cuestión, que intenta responder a los problemas que suscita la responsabilidad del empresario en un ámbito caracterizado por la masificación del mercado, en España se mantiene una disciplina que ya hace décadas era calificada por la doctrina de desfasada y obsoleta. Dicha reforma vino impulsada por la firma de la Convención del Consejo de Europa de 17 de diciembre de 1962 sobre responsabilidad de los hoteleros por las cosas introducidas por el cliente en el hotel¹, con la que se pretendía la adopción de un sistema que tratara de armonizar los intereses de ambas partes en el contrato; no se trataba ya de considerar responsable al hotelero en todo caso, salvo reducidas causas exoneratorias, por la tradicional desconfianza hacia el mismo que justificó las primitivas regulaciones del régimen de su responsabilidad, sino de conseguir una disciplina que equilibrara mejor los intereses de empresario, a quien conviene limitar a un máximo su responsabilidad por las cosas no custodiadas (para inducir al cliente a entregar las cosas de mayor valor), y huésped, a quien debe estar permitido llevar a su habitación sus efectos personales con cierta tranquilidad y garantía².

Con todo, en España se ha ido consagrando una interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 1783 y 1784 que ha intentado aproximar estos preceptos al sistema de responsabilidad objetiva imperante en otros Códigos europeos. En numerosas resoluciones judiciales se alude, así, a la Convención europea y a la conveniencia de un sistema de responsabilidad por riesgo. El problema es que esa versión adaptada de los artículos 1783 y 1784, aunque loable en su finalidad, ha generado mayor confusión, porque se ha mantenido en muchas ocasiones sin distinguirse los diversos supuestos que pueden originarse y traspasando soluciones, apropiadas para unos, a otros que demandan otra respuesta. Este trabajo pretende demostrar que es posible una nueva lectura de nuestros preceptos legales, capaz de acomodarlos al sistema europeo, y que la misma pasa precisamente por una revisión de los distintos casos, de las diferentes prestaciones comprometidas y, en consecuencia, de los diversos regímenes de responsabilidad a aplicar.

Los artículos 1783 y 1784 del Código Civil constituyen una muestra más de esas normas para las que se va asentando una «interpretación oficial», a la que se llega a base de repetirse ciertas reglas que se dan por indiscutibles. Así, suele señalarse que en los casos de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte del hotel sí estamos ante un auténtico depósito, pero no en el caso que

¹ El BGB fue adaptado por Ley de 24 de marzo de 1966, el Código Civil francés por Ley de 24 de diciembre de 1973, y el Código Civil italiano por la Ley de 10 de junio de 1978.

² JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 524.

regulan dichos preceptos, el de la introducción de las pertenencias por los clientes en el establecimiento hotelero, resultando que esta afirmación choca abiertamente con el tenor literal del artículo 1783, que reputa depósito necesario también este último caso. A continuación, suele sostenerse que el legislador reconduce el caso a la regulación del depósito a los solos efectos de responsabilidad, esto es, para establecer el régimen de responsabilidad del fondista, que ha de ser, en virtud del artículo 1783, el del depositario; tesis que sorprende también, puesto que para el hotelero se disponen específicas reglas en los artículos 1783 y 1784, de manera que la equiparación al depositario deberá ser a otros efectos, pero no con el fin de ordenar la aplicación del régimen de responsabilidad del depositario (que, por otra parte, es el general de responsabilidad contractual). Siguiendo con los ejemplos, es lugar común en la doctrina entender que la que disponen los artículos 1783 y 1784 es una responsabilidad excepcional y agravada, de mayor alcance que la que corresponde al deudor en general, pues el titular de un establecimiento hotelero responde no sólo por los hechos de sus empleados, sino también por los hechos de extraños; interpretación que no resulta demasiado acertada si se tienen en cuenta que en responsabilidad contractual el deudor responde por el incumplimiento de sus auxiliares, y que los hechos de extraños no constituyen caso fortuito que exonere de responsabilidad en todos los casos, como no lo es en aquellos en que las características de la relación contractual conducen a considerarlos riesgo propio de la actividad empresarial comprometida. Para terminar con este muestreo, también es habitual considerar que el Código Civil impone al fondista una responsabilidad objetiva, por riesgo profesional, ajena a la idea de culpa; interpretación que es correcta, pero que es necesario matizar, en el sentido de que la esfera de riesgo que se atribuye al hotelero viene delimitada por la diligencia exigible al mismo como profesional o empresario. En fin, parece que se hace necesaria una reflexión sobre la que podríamos denominar «versión oficial» de las citadas normas legales.

Por su parte, los tribunales aplican indiscriminadamente los artículos 1783 y 1784 a todo supuesto de falta de restitución de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros. Justificadamente, quizá, a simple vista, puesto que dichos preceptos no hacen distinción alguna de supuestos. Se han convertido en paradigmáticas las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) y 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), cuya doctrina es repetida hasta la saciedad en otras resoluciones judiciales, en unos casos para los mismos hechos, la entrega de las pertenencias de los viajeros para su cus-

todia en la caja fuerte³, y en otros para hechos distintos, como la sustracción de los efectos que se hallaban en la habitación o dependencias del hotel⁴. Pero el examen de la jurisprudencia indica que se hace necesario separar diferentes casos, pues la diversidad de circunstancias requiere soluciones específicas. No obstante, con el fin de evitar una clasificación excesivamente casuística, parece procedente agrupar los distintos supuestos en dos grandes apartados: uno de ellos vendría constituido por la sustracción de los objetos que se hallaban en las habitaciones de los huéspedes o en las dependencias del hotel; el otro se referiría a la sustracción de las pertenencias que los viajeros hubieran entregado para su custodia en cajas fuertes. Es obvia la existencia de matices entre los casos agrupados en un mismo apartado, pues no es igual el robo de los efectos en las habitaciones que en las dependencias comunes del establecimiento, ni tampoco es lo mismo cualesquiera que sean estos espacios comunes (por ejemplo, el robo del vehículo en el aparcamiento del hotel no es equiparable al de un abrigo en el vestíbulo). Asimismo, tampoco son idénticos los casos de sustracción de cosas entregadas para su custodia en la caja fuerte central del hotel y los supuestos de robo de cosas introducidas en la caja fuerte individual de cada habitación. Sin embargo, las consideraciones que desarrollaremos a lo largo de este trabajo permiten trazar esta distinción en dos grandes grupos. Y dentro del primero, el de la desaparición de las pertenencias del cliente en las dependencias comunes, todavía habría que separar otro supuesto, consistente en la sustracción del equipaje del viajero antes de contratar el hospedaje, cuando simplemente se halla en el establecimiento solicitando información sobre el mismo o inspeccionándolo.

¿A cuál de todos estos supuestos se refieren los artículos 1783 y 1784? Según la jurisprudencia, a todos, pero creemos que no debe ser así. Dichas normas califican como depósito necesario el hecho de introducir el cliente sus pertenencias en el hotel. Parece, por tanto, que el régimen especial de responsabilidad contenido en estos preceptos será aplicable cuando nos hallemos ante un depósito necesario. ¿Lo es todo supuesto de introducción de objetos por el cliente? Según la ley, que no distingue, sí. Pero la atención a las peculiaridades de los distintos casos enumerados pone de manifiesto que esa calificación puede no ser correcta en alguno de ellos. Así, quizá sea más acertado entender celebrado un contrato de

³ SSAP de Málaga de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), 5 de mayo de 2001 (JUR 2002/44398) y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206), Valencia 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168).

⁴ SSAP de Málaga de 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247), 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), Almería 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/2576), Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), Cádiz 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Las Palmas 6 noviembre de 2001 (JUR 2004/114817).

depósito voluntario ante ciertas hipótesis. Por poner un ejemplo, cabe pensar en un depósito necesario cuando se trata de la introducción del equipaje por el cliente en su habitación, pero habrá que considerar depósito voluntario la entrega bajo recibo de determinados objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento. Mas ello nos conduce a resultados contradictorios, teniendo en cuenta que la calificación jurídica tendrá consecuencias de orden jurídico, y, por lo que a nosotros nos interesa, resultados diferentes en orden al régimen de responsabilidad aplicable a cada caso. Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando se tratara del equipaje (quizá de escaso valor) meramente introducido por el viajero en la habitación, resultaría de aplicación el régimen especial consagrado en los artículos 1783 y 1784, que se juzga más riguroso que el general. Pero tratándose del depósito voluntario de objetos en la caja fuerte del hotel (en los que cabe presuponer mayor valor), la remisión del artículo 1766 obliga a estar a las normas generales sobre responsabilidad contractual, consideradas menos severas. ¿No es esto un contrasentido? Lo es, sin duda, si se comparte la tesis de la responsabilidad agravada del hotelero, pero esta incoherencia se puede superar mediante la interpretación que en este trabajo proponemos, que conduce al resultado contrario, esto es, a considerar más rigurosa la responsabilidad del fondista que presta un servicio cualificado de depósito de los concretos objetos entregados de forma particular por el viajero para su especial custodia.

No es esta la única dificultad que suscita el tema de la responsabilidad de los hoteleros por los efectos de los viajeros. Así, se ha planteado también el carácter, contractual o extracontractual, de esta responsabilidad, aunque predomina la primera opinión tanto en doctrina como en jurisprudencia. Asimismo, se ha discutido si es una responsabilidad objetiva, derivada del riesgo profesional, o una responsabilidad por culpa, afirmándose de forma mayoritaria la primera opción, si bien se pueden encontrar sentencias que, tras esa primera afirmación, pasan a analizar la negligencia del hotel o del cliente. Incluso se ha puesto en duda que se trate de un régimen especial de responsabilidad, agravado, pues algún autor opina que por las normas generales de responsabilidad contractual cabría llegar a idéntico resultado. Y aún más, ¿estamos realmente ante un contrato de depósito o ante un depósito necesario? No faltan autores que lo niegan, y que entienden que la expresión legal «se reputa» indica una equiparación de supuestos distintos.

Y los problemas no acaban ahí, pues se pueden anunciar otros, aunque sobre algunos se hayan detenido menos doctrina y jurisprudencia. Uno de ellos es el de la validez de las cláusulas exonerato-

rias o limitativas de la responsabilidad del hotel, utilizadas de forma habitual por estos establecimientos, mediante avisos en puertas o paredes o en la documentación entregada al cliente al inicio de su estancia. La jurisprudencia ha considerado que el incumplimiento de estas advertencias por el viajero exonera de responsabilidad al hotelero, pues es uno de los presupuestos contenidos en el artículo 1783. Pero habrá que determinar para qué casos es así y, para los que no lo sea, contrastar este tipo de cláusulas con la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas⁵.

I. SUPUESTO DE HECHO DE LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784: ¿COSAS MERAMENTE INTRODUCIDAS EN EL ESTABLECIMIENTO O COSAS ENTREGADAS PARA SU CUSTODIA? PRESTACIONES COMPROMETIDAS EN CADA CASO

Ya se ha adelantado que, en orden a determinar la responsabilidad del hotelero por la desaparición de las pertenencias de los clientes, es conveniente distinguir varios supuestos, y que los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables a todos. En relación con el objetivo que perseguimos, analizar el régimen de responsabilidad del titular del establecimiento, nos parece que el criterio distintivo fundamental

⁵ Es conveniente transcribir lo que dispone la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre clasificación de los establecimientos de hostelería, por ser un texto muy frecuentemente citado en la jurisprudencia, aunque en la mayoría de los casos parcialmente. En efecto, lo usual es citar, de forma incompleta, el artículo 78, que dispone lo siguiente:

«1. En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1783 y 1784 del Código Civil.

2. Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas existirán cajas fuertes individuales a disposición de los clientes que deseen utilizarlas, a razón de una por cada veinte habitaciones, salvo que se encuentren instaladas en éstas. De la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las citadas cajas fuertes no serán responsables los hoteleros, a no ser que mediare dolo de ellos o de sus empleados.

3. En todas las habitaciones, apartamentos o «suites», y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación, en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número 1 de este artículo.»

Estas normas se contienen en la sección «De la prestación de los servicios» de la citada Orden Ministerial, y, aunque ésta es ciertamente antigua, subsiste a nivel estatal, junto con el Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio, de ordenación de los establecimientos hoteleros, que extendió a los establecimientos de tres estrellas la exigencia de disponibilidad de cajas fuertes de uso individual. Con posterioridad se han publicado otras a nivel autonómico, que inciden en la clasificación y categorías de los establecimientos hoteleros.

para trazar esa clasificación no puede hallarse sino en las distintas obligaciones que incumben al fondista en cada caso, cuyo incumplimiento genera el deber de indemnizar. Lo decisivo es que el titular del establecimiento haya asumido una obligación específica de custodia de determinados objetos, o que, por el contrario, sin asumirla mediante la celebración de un contrato *ad hoc*, deba observar un deber de conducta en relación con la guarda del equipaje del huésped. En el primer caso el hotelero incumple si no presta una actividad diligente de custodia, prestación principal de un contrato de depósito. En el segundo incumple en todo supuesto de sustracción de los efectos del viajero, por ser éste un riesgo que entra en su esfera de control de acuerdo con una diligencia genérica como profesional o empresario; mas, conviene advertir, como profesional o empresario del sector hostelero y no del campo del depósito o de los contratos de custodia. De este criterio basado en las diferentes prestaciones prometidas surge la distinción que hemos trazado en dos grandes apartados: uno, el de los efectos entregados para ser custodiados mediante un cuidado especial (cajas fuertes), y otro, el de los objetos que se hallan simplemente en las dependencias del hotel o en las habitaciones sin adoptarse ninguna precaución especial.

¿A cuál de ellos se refieren los artículos 1783 y 1784? ¿A qué casos es aplicable el régimen especial que establecen estas normas? Creemos que sólo al segundo, esto es, a la sustracción de los efectos en las habitaciones o dependencias del hotel, por varias razones. En primer lugar, la calificación como depósito necesario contenida en el artículo 1783 claramente alude a un depósito, el del equipaje, que no es espontáneo y tiene lugar forzosamente, por las circunstancias (por la estancia en el establecimiento), y que se contrapone a un depósito voluntario, esto es, a la entrega voluntaria al fondista de determinados objetos para su guardia y posterior restitución. En segundo lugar, la expresión «introducidos» que utiliza el mismo precepto corrobora lo anterior, y contrasta abiertamente con la obligación de entrega que genera el típico depósito voluntario⁶.

⁶ O con la entrega que da lugar al nacimiento de la relación contractual de depósito, si se quiere partir de que este es un contrato real.

NAVARRETE, «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», RDM, 1958, II, p. 277, explica que el depósito es un contrato real, que requiere la tradición, como exigen los artículos 1758 y siguientes; y en el caso de los hoteles, sigue, o bien hay tradición material de las cosas entregadas para su custodia en cajas fuertes, o bien hay que interpretar que la entrega al depositario se ha efectuado por la simple entrega material de las maletas al mozo de equipajes del hotel. También son partidarios de la naturaleza real del contrato de depósito CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1985, p. 681; CAPILLA RONCERO, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, dir. por A. López, V. L. Montés y E. Roca, Valencia, 2001, p. 483.

Admiten un contrato consensual de depósito ROCA JUAN, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pp. 190-195; HUALDE MANSO, «La obligación de custodia en el depósito»,

En tercer lugar, si, como entiende la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, en dichas normas se dispone una responsabilidad objetiva por el riesgo inherente al carácter público del establecimiento y a las características de la actividad empresarial, sólo serán aplicables cuando efectivamente concurra el peligro que contemplan, y no cuando las partes hayan adoptado ciertas precauciones que lo excluyen *a priori*; esto es, que sólo cabrá su aplicación cuando las circunstancias, por la ubicación o situación de las cosas, propicien el riesgo de sustracción de las cosas previsto en las normas, pero no cuando ese riesgo ha sido evitado de antemano por las partes, hotelero y cliente, pactando una custodia especial de determinados objetos que quedan excluidos del riesgo de sustracción.

Pues bien, aunque estas razones parezcan claras, existen sentencias que aplican los artículos 1783 y 1784 al supuesto que no prevén, es decir, al robo de joyas o dinero entregados para su custodia en la caja fuerte del hotel. Ocurre así en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), y de las Audiencias Provinciales de Santa Cruz de Tenerife de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), de Valencia de 13 diciembre de 2001 (JUR 2001/65557), de Madrid de 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125), de las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557), de Málaga de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), 5 diciembre de 2002 (JUR 2002/44398), y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206). Pero es más, parece que el Tribunal Supremo opera sobre la base de que en los artículos 1783 y 1784 cabe todo. Así, en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), en relación con la entrega de una bolsa que contenía joyas para su guarda en la caja fuerte del establecimiento, el Alto Tribunal considera aplicables dichos preceptos, rechazando que en el caso existiese un contrato de depósito voluntario, y afirmando que la responsabilidad del hotelero trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado y nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped. Y en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696)⁷, para la aplicación de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 1784, el robo a mano armada, el Tribunal Supremo entiende que en la norma «no se distingue si el viajero entregó sus efectos en el establecimiento o él mismo los conservó bajo su custodia, obser-

Revista Jurídica de Navarra, 1991, núm. 12, pp. 93-104; BADOSA COLL, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 1640 y 1645; Díez SOTO, *El depósito profesional*, Barcelona, 1995, pp. 35-46.

⁷ Sentencia comentada por PÉREZ ÁLVAREZ, *CCJC*, 1990, núm. 23, pp. 525 ss.

vando las precauciones que le hayan indicado. En uno y otro caso se trata de un depósito necesario que no requiere aceptación del fondista ni concertación expresa de un contrato de depósito voluntario». Que en ambos casos se trate de un depósito necesario o no, es cuestión que abordamos más abajo, pero lo que sí podemos señalar ahora es que, aunque el artículo 1784 no distinga diferentes casos, de su tenor literal, junto con el del artículo 1783, se puede deducir que no se refiere al supuesto de entrega de los objetos al titular del establecimiento para su guarda mediante dispositivos específicos.

La confusión puede venir abonada por lo que dispone la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, cuyo artículo 78, párrafos 1.º y 3.º, establece que en todos los establecimientos «se prestará» un servicio de custodia para los objetos de valor, del que el fondista ha de avisar a los clientes, no pudiendo éstos exigir responsabilidad alguna por los que no hayan sido entregados para esta custodia, y rigiéndose la responsabilidad del hotelero cuando sí hayan sido entregados por los artículos 1783 y 1784. Esta norma reglamentaria ha inducido a algunos autores a pensar que es precisamente en relación con los objetos valiosos con los que se debe hablar de un depósito necesario, pues el hotelero se halla obligado a constituirse en depositario de los que el huésped le entregue, y éste ha de hacerlo como presupuesto de la responsabilidad del empresario⁸. Asimismo, en algunas resoluciones judiciales se ha sostenido que la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento es el depósito necesario a que se refieren los artículos 1783 y 1784, y, como hemos señalado, muchas sentencias aplican estas normas a esos hechos, sustracción de objetos ubicados en cajas de seguridad. En particular, en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696) el Tribunal Supremo alude al

⁸ ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 301, deriva de la norma reglamentaria una doble trascendencia: la primera consiste en que el hospedaje conlleva el deber del hotelero de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia, convirtiendo así el depósito, en cuanto servicio debido por el hotelero al solo requerimiento del huésped, en un verdadero depósito necesario (para el hotelero); la segunda consiste en que respecto de los objetos de valor la custodia y responsabilidad del hotelero sólo se genera mediante un depósito obligado para éste, pero expresamente constituido mediante la entrega, de manera que respecto a los efectos valiosos puede producirse un doble contrato: el de servicios y el de depósito, siendo este último puramente accesorio y que puede darse o no, según lo exija el huésped.

JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 27 de enero de 1994», *CCJC*, 1994, núm. 34, p. 369, afirma que nos hallamos ante un depósito necesario, pues la celebración del contrato es obligatoria para el hotelero; pero ello no impide, sigue el autor, que nos hallemos ante un verdadero contrato (como tampoco deja de ser contrato el seguro obligatorio), y que sea un contrato de depósito accesorio al principal de hospedaje.

DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 159, plantea si puede seguir manteniéndose la idea de contrato en estos supuestos y si hay obligación de contratar a cargo del depositario, a quien la normativa administrativa, como ocurre en el sector hotelero, impone la obligación de aceptar en custodia determinados objetos. Pero concluye el autor que en estos supuestos se da más bien el esquema de la invitación a ofrecer, y que el empresario se reserva la última decisión sobre la conveniencia de contratar o no, supeditándola a la concurrencia de determinados requisitos y presupuestos.

deber del hotelero de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia o depósito, como resulta de la Orden Ministerial de 1968, y la Audiencia Provincial de Cádiz entendió en la sentencia de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) que la doctrina jurisprudencial tradicional estaba pensada para los casos de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel.

Ciertamente, si es depósito necesario el constituido en cumplimiento de una obligación legal (art. 1781), habría de serlo el de los objetos valiosos entregados por los huéspedes al fondista en cumplimiento de lo que dispone la Orden Ministerial. Pero nosotros creemos que la calificación de depósito necesario contenida en el artículo 1783 se refiere al supuesto de objetos meramente introducidos en el hotel, y no al de objetos entregados para el servicio especial de custodia por varias razones. El artículo 1783 ya aludía al depósito necesario antes de que se publicara la norma reglamentaria conteniendo la necesidad de depositar los objetos de valor. Y además de hacerlo antes de la publicación de la Orden Ministerial, el artículo 1783 se refería a los objetos «introducidos» por los viajeros en fondas y mesones. Por ello, parece que la calificación de depósito necesario respondía más a las circunstancias del caso, esto es, a la necesidad de que las pertenencias de los huéspedes vayan con ellos, que a la obligatoriedad de la entrega de los objetos de mayor valor para una custodia especial. Ciertamente que uno de los requisitos que a continuación contiene el artículo 1783, dar conocimiento al hotelero de los efectos introducidos, tiene sentido en relación con los efectos valiosos, y no con los de uso cotidiano y escaso valor, pero el establecimiento de dicho requisito podía tener sentido en la época en que se redactó la norma y toda la doctrina considera hoy que es inaplicable en relación con el equipaje del cliente en general, respecto del que basta su introducción no clandestina. Sencillamente la norma reglamentaria quiso desarrollar después el otro requisito dispuesto en el artículo 1783, observar las prevenciones del empresario acerca de la seguridad y vigilancia del equipaje, y lo hizo estableciendo la exigencia de un contrato de depósito para los objetos valiosos como presupuesto de la responsabilidad del hotelero en relación con estas cosas, pero sin que ello suponga alterar la naturaleza voluntaria de este contrato de depósito, que queda a voluntad de las partes⁹, y sin que ello altere lo

⁹ La celebración de un particular contrato de depósito queda a voluntad de las partes, pues el cliente puede preferir continuar en la posesión de sus pertenencias asumiendo el riesgo de su sustracción en lugar de entregarlas al hotelero, y éste puede, como reconoce unánimemente la doctrina, reservarse el derecho de no aceptar la custodia de determinados objetos, por su naturaleza o por su excesivo valor. Lo que impone la normativa administrativa es la necesidad de contar con un servicio de custodia, pero no la obligación de que se celebre en todo caso un contrato de depósito.

dispuesto en relación con los objetos no valiosos, que son «necesariamente» introducidos en el establecimiento. A estas cosas meramente introducidas en el hotel se refiere el artículo 1783, disponiendo que existe un depósito necesario y que el hotelero responde como depositario.

No obstante, si el depósito necesario se rige por las normas del voluntario (art. 1782), es irrelevante la discusión acerca de cual de los dos supuestos (cosas introducidas o cosas entregadas) recibe la consideración de depósito necesario; pero el debate cobra sentido si se tiene en cuenta que, aunque el Código reputa necesario el supuesto, no remite a continuación a las normas del depósito, sino que establece reglas especiales de responsabilidad, de modo que habrá que determinar a qué supuesto se aplican. En suma, el «depósito necesario» al que se refiere el artículo 1783 para regular un régimen particular de responsabilidad del empresario, en el propio artículo y en el 1784, es el de las cosas que se introducen en el establecimiento por el cliente, cualquiera que sea su valor, por el simple hecho de ser suyas y de tener que ir con él, «depósito» que se impone al empresario si celebra con el cliente el contrato de hospedaje.

Una vez aclarado esto, el paso siguiente sería preguntarse por la trascendencia de la equiparación del hotelero al depositario. Si al titular del establecimiento se le entregan cosas para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento, es un depositario claramente porque ha de entenderse celebrado un contrato de depósito. Si, en cambio, no se entrega nada, pero los objetos son introducidos en el establecimiento, el hotelero responde como depositario, en virtud de los artículos 1783 y 1784. Y si esto es así, podría pensarse que el régimen de la responsabilidad del hotelero es igual en cualquier caso. Pero esta fácil conclusión ha de desaparecer si se tiene en cuenta que, aunque los preceptos mencionados disponen que el fondista responde como depositario, a la vez establecen normas especiales de responsabilidad. Por tanto, el hotelero al que se entregan objetos para ser guardados en la caja fuerte del local responde como depositario y por las normas generales del depósito, y el hotelero al que no se hace esta entrega responde como depositario pero por las reglas especiales contenidas en los artículos 1783 y 1784. De manera que el único punto común a ambos supuestos (efectos entregados o efectos meramente introducidos) es la referencia al depósito, pero cada uno se rige por normas distintas en cuanto a la responsabilidad del fondista.

En las resoluciones judiciales suele hacerse aplicación de las ideas de depósito, voluntario o necesario, y de los preceptos acerca

de estas figuras contractuales, como no podía ser de otra manera, habida cuenta del tenor literal del artículo 1783 y de su ubicación. Y la doctrina ha discutido si nos hallamos ante un verdadero depósito, en ocasiones sin distinguir los supuestos que pueden plantearse. La cuestión no es meramente terminológica, pues si, como hemos dicho líneas más arriba, el régimen de responsabilidad del fondista depende de las prestaciones comprometidas por el mismo, puede ser útil examinar si sus obligaciones son las propias del depositario. Hay que destacar que el artículo 1783 dispone que el hotelero responde como depositario, pero, a continuación, en lugar de remitirse a las normas que regulan la responsabilidad en el depósito, establece un régimen especial. ¿Qué significa entonces la equiparación del fondista al depositario? Si no se refiere a la manera en que responde ¿se refiere a las obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad? Si responde con el alcance que regulan los artículos 1783 y 1784, pero como depositario, habrá que deducir que responde como disponen dichos artículos, pero por el incumplimiento de las obligaciones propias del depositario en general. En suma, responde por el incumplimiento de la obligación de custodia típica del depósito¹⁰.

En definitiva, preguntarse si estamos ante un auténtico depósito, como dispone el artículo 1783, equivale a plantearse la exigibilidad de la obligación de custodia al hotelero. En el epígrafe siguiente planteamos el tema de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del hotelero, cuestión que podría venir condicionada por la que ahora se trata: sólo cuando haya verdadero contrato de depósito, se desencadenará una responsabilidad contractual. Por tanto, únicamente en los casos de entrega de las pertenencias de los huéspedes para su custodia en cajas fuertes de seguridad cabría afirmar una responsabilidad contractual, mas no

¹⁰ Así, ROCA JUAN, *ob. cit.*, p.164, sostiene que existen supuestos en los que el legislador utiliza el concepto de depósito a los fines de atribuir en situaciones distintas del contrato de depósito, las responsabilidades características del que tiene la obligación de guardar: la ley habla de depósito o atribuye las obligaciones y responsabilidades de un depositario en situaciones que originan deberes y responsabilidades que se miden y determinan por lo establecido para el depositario.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 501, afirma que en el artículo 1783 el legislador invoca el depósito como arquetipo de la custodia; al hotelero se le impone, como al depositario, una obligación de custodia. Pero se trata, sigue, de una obligación legal sin entrega de cosas, mientras que en el depósito se trata de una obligación contractual que presupone la entrega necesariamente. Es a la amplia idea de custodia, termina Jordano Fraga, a la que equivocadamente –tomando la parte por el todo– se refiere el Código Civil al hablar de depósito.

MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Pamplona, 2002, p. 164, mantiene que el legislador, deseoso de equiparar la responsabilidad derivada de su obligación de custodia a la de los depositarios, ha reputado como contrato de depósito un supuesto que no tiene naturaleza contractual y que sólo comparte con el depósito la idea de custodia (la cursiva es mía en ambos casos).

en los supuestos de sustracción del equipaje meramente introducido en el hotel. Ahora bien, la naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero se debe seguir planteando, pues para estos últimos casos el Código Civil equipara al fondista al depositario, lo que puede suponer trasladar al contrato de hospedaje la obligación contractual de custodia del depositario. No obstante, conviene empezar por exponer las características propias del depósito y de las obligaciones propias del mismo, para después trasladarlas a los casos de introducción de las pertenencias de los huéspedes en el hotel.

Aunque se ha discutido cuál es la obligación principal en el contrato de depósito, la de custodia o la de restitución (respecto de la cual la de custodia sería accesoria o instrumental), la doctrina mayoritaria se inclina por la obligación de custodia, considerándola principal y determinante en el depósito¹¹. Se trata de una obligación de hacer prevista en los artículos 1758 y 1766, que ha de ser cumplida observando la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104, aplicable por la remisión al título I del libro IV contenida en el art. 1766). Esta obligación de custodia delimita la situación posesoria del depositario, al que se entrega la cosa para guardarla.

El desplazamiento posesorio de los objetos, que el depositante ha de entregar y el depositario recibir, se halla estrechamente ligado a la obligación de guarda del depositario. Éste, se dice por la doctrina, ha de poseer o tener la cosa¹². Díez Soto insiste especial-

¹¹ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 166-168, 217-221; CASTÁN, *ob. cit.*, p. 680; HUALDE MANSO, *ob. cit.*, pp. 70-74, 86-88, 111; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1654-1656; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 46-48, 66-69, 158; OZCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona, 1997, 187-192; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 482; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 36-49; LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002, pp. 241 y 245; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 2004, p. 815; HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentario del Código Civil* coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2.ª ed., Barcelona, 2006, pp. 569 y 580; SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Pamplona, 2006, pp. 2033, 2043.

¹² ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 171 y 217-221, afirma que el desplazamiento posesorio de la cosa desde el deponente hasta el depositario es un presupuesto sin el cual no nace para éste la obligación de guardar y restituir. BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1634, insiste en caracterizar el depósito como una situación posesoria que se constituye desde la recepción de la cosa por el depositario; precisamente la falta de entrega y consiguiente ausencia de posesión impiden, a juicio de este autor, que pueda considerarse auténtico depósito la introducción de sus pertenencias en el hotel por parte de los huéspedes. DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 77-79, sostiene que la posesión inmediata o tenencia material es el dato que caracteriza la obligación de custodia propia del contrato de depósito, y es el criterio para diferenciar este contrato de otros supuestos próximos; así, es el criterio para distinguirlo del depósito necesario de cosas introducidas en fondas y mesones (arts. 1783 y 1784), que supone la aplicación de un régimen especial de responsabilidad pero no la asunción de una específica obligación de custodia mediante tenencia de los efectos en cuestión. OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 29, 30, 58-64, 66, 319-334, mantiene que los elementos definitivos

mente en que la tenencia material es el dato que caracteriza esencialmente la obligación de custodia propia del contrato de depósito: el depositario se obliga a custodiar mediante el ejercicio de un control directo, inmediato y excluyente sobre la cosa, mediante su posesión inmediata¹³. Esa tenencia material ha de referirse, además, a cosa determinada, por lo que presupuesto necesario de la obligación de custodia es la individualización de la cosa que ha de guardarse.¹⁴

Tan esencial al depósito se considera la posesión inmediata de los objetos, que la doctrina suele rechazar el subdepósito¹⁵, en la medida en que implicaría que el depositario habría de desprenderse de los objetos entregados para su guarda. Uno de los argumentos tradicionales para rechazar el subdepósito fue la caracterización del depósito como contrato de confianza, basado en la especial consideración del depositante hacia el depositario. Pero hoy, aunque este argumento persiste, teniendo en cuenta la profesionalización del depósito, que suele prestarse por empresas dedicadas profesionalmente a actividades de custodia, se insiste también en la necesidad de que el depositario controle directamente los objetos que le han sido entregados, lo que excluye, por definición, que puedan ser poseídos por otra persona o empresa.

Descrito así el contrato de depósito, ¿estamos verdaderamente ante esta figura contractual en relación con los efectos de los clientes de los establecimientos hoteleros? Es obvio que sí, pero precisamente en el supuesto que no regulan los artículos 1783 y 1784: la entrega por el huésped de sus pertenencias para su custodia en cajas de seguridad. Este hecho sí constituye un contrato de depósito, pero no es el

para perfilar lo nuclear en el contrato de depósito son la tenencia de la cosa por el depositario y el deber de guardarla; por eso, porque no hay entrega al depositario, de manera que no hay tenencia de la cosa por éste, el supuesto del artículo 1783 no constituye verdadero depósito. También se refieren a la entrega de la cosa y posesión de ésta por el depositario CASTÁN, *idem*; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 2001, p. 410; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 482; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 814; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2033.

¹³ Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 77. También en la p. 58 rechaza que puedan calificarse de depósito los casos en que no se ha concretado el objeto, así como tampoco aquellos en que el local sale de la esfera de control directo del titular, ni aquellos en que el titular del establecimiento no tiene posibilidad de actuar directamente sobre la cosa ubicada en él.

¹⁴ Lo que permite, a juicio de Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 163, diferenciar el depósito de otros supuestos, como la introducción de efectos en establecimientos de hostelería.

¹⁵ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 219-220, admite el subdepósito sólo en los casos imprescindibles (cuando sea el medio más idóneo y entre en las medidas de protección que el depositario debe adoptar) o en los casos de urgencia, pues el depósito es un contrato de confianza. Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 174-176, rechaza que el depositario pueda recurrir al subdepósito sin autorización expresa del depositante, con base en que el depósito requiere la posesión inmediata de la cosa por el depositario. En el mismo sentido, HUALDE MANSO, *ob. cit.*, p. 91, LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *ob. cit.*, p. 246, y HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 580. Más flexible se muestra OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 122-132; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2044.

supuesto de hecho normativo de los preceptos mencionados. La pregunta hay que formularla en relación con la hipótesis prevista en las normas legales, que es la mera introducción del equipaje en el hotel.

1. ENTREGA DE OBJETOS PARA LA CUSTODIA EN CAJAS FUERTES. REFERENCIA AL SUPUESTO PARTICULAR DE LAS CAJAS FUERTES INDIVIDUALES DE LAS HABITACIONES

Ni todos los autores ni todas las sentencias distinguen este supuesto como diferente al previsto en los artículos 1783 y 1784, pues ya se ha señalado que se suele hacer una aplicación generalizada de estos preceptos. Ahora bien, quienes sí lo hacen entienden que si se trata de los objetos entregados al empresario para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento, estamos ante un depósito propiamente dicho¹⁶. Concurriendo en este supuesto los datos del desplazamiento posesorio y de la obligación de guarda que asume el hotelero, es fácil concluir que el mismo se puede considerar un auténtico depósito. Sería un contrato de depósito accesorio del contrato principal de hospedaje, accesoriedad del contrato que no implica accesoriedad de la obligación de custodia y que no obsta a la consideración de esta obligación como prestación principal del hotelero en el marco de la relación contractual de guarda, aunque ésta se inserte en otra relación más amplia¹⁷. Al incumplimiento de dicha

¹⁶ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 139 y 142; BADENAS CARPIO, «Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje», *AC*, 2000-2, p. 628; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 418; Martín Santisteban, *ob. cit.*, p. 164; Lacruz-Sancho-Luna-Delgado-Rivero-Rams, *ob. cit.*, p. 251; Alabala de J. *ob. cit.*, p. 827; Sánchez Arísti, *ob. cit.*, p. 2066. Por su parte, Jordano Fraga, en todos los estudios a que se hace referencia en este trabajo, distingue supuestos de custodia directa, los de objetos entregados para su guarda, y casos de custodia indirecta, los de efectos meramente introducidos.

Las STS de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569, comentada por Jordano Fraga, como ya se ha hecho constar) y las SSAP de Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122) en relación con supuestos de entrega de objetos para su guarda en cajas fuertes, o bien aluden a la existencia de un contrato de depósito voluntario, o bien aplican directamente las normas reguladoras de este tipo de contrato. Igualmente, la SAP de Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038) consideraba, igual que la demandante, depósito el aparcamiento en el recinto del hotel. Sin embargo, la SAP de las Palmas 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) calificó como depósito necesario el alquiler de una caja de seguridad, y algunas otras sentencias otorgan la misma calificación a la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento o aplican los artículos 1783 y 1784 a este mismo supuesto.

¹⁷ En este sentido, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 66, mantiene que una cosa es la accesoriedad del deber de custodia, que excluye la calificación como depósito (pues en éste la asunción por el depositario de la obligación de custodia constituye el objeto principal de un acuerdo dotado de cierta autonomía), y otra cosa es la posible accesoriedad del contrato de depósito respecto a otros contratos.

obligación principal de guarda del hotelero que acepta la custodia de determinados objetos habrían de aplicarse las normas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 y siguientes del Código Civil), por la remisión contenida en el artículo 1766; el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 dispone, en cambio, la aplicación del régimen contenido en los artículos 1783 y 1784 para el incumplimiento del servicio de custodia, pero dichas normas no son aplicables cuando se ha pactado un depósito de concretos objetos, pues su supuesto de hecho es otro, la mera introducción de los efectos de los viajeros en el establecimiento.

Si el carácter público del establecimiento y las características de la actividad empresarial prestada constituyen el fundamento del carácter objetivo de la responsabilidad del fondista en los artículos 1783 y 1784, postular una responsabilidad por riesgo profesional sería aceptable en los supuestos en que concurra dicho riesgo, como en los de sustracción de los efectos introducidos en la habitación del hotel o de los objetos que se hallaban en las dependencias de éste, pero no en los casos en que el titular del establecimiento y el cliente deciden precaverse del peligro inherente al carácter público del establecimiento, adoptando las medidas adecuadas para evitarlo, como la utilización de la caja fuerte central del hotel o de las cajas de seguridad individuales de las habitaciones. Por eso, si las normas de responsabilidad objetiva de los artículos 1783 y 1784 responden a ese fundamento, obedeciendo al mencionado riesgo profesional, hay que entender que no son aplicables en todo caso, como suele considerar la jurisprudencia, sino sólo en algunos. Esto es, que dichos fundamento y consecuente régimen legal habrán de delimitar el supuesto de hecho de la norma, en el que sólo cabrá subsumir determinados casos. En los demás, no concurriendo la situación de peligro a que atiende la norma para establecer un régimen que se considera agravado para el fondista, habrá que acudir a las normas generales de responsabilidad del depósito voluntario.

Así, para que las normas legales tengan sentido habrá que entender que cuando se refieren a los efectos «introducidos» por los huéspedes en los hoteles, aluden a los que el cliente lleve consigo durante su estancia en las dependencias del hotel y a los que introduzca en su habitación, situaciones en las que es obvio el peligro de sustracción de los mismos. Pero no podrán entenderse comprendidos en la norma los casos de utilización de dispositivos adicionales de seguridad, pues la adopción de medidas especiales evita el peligro inherente al trasiego de público por el hotel. Y ello aun que el artículo 1783 requiera que se haya dado conocimiento al fondista por parte del viajero de los efectos que introduce en su

casa, lo que podría inducir a pensar que la norma contempla el supuesto de entrega bajo recibo de determinados objetos para su custodia en la caja fuerte central. Si, como decimos, las reglas de responsabilidad objetiva que se disponen obedecen al riesgo implícito en el carácter público del establecimiento, no pueden comprender, por definición, los casos en que se ha excluido el peligro que explica la consecuencia que establecen. El mencionado requisito del artículo 1783, informar al hotelero de los objetos introducidos, deberá entenderse en relación con el único supuesto de la norma, sustracción de efectos en las habitaciones o dependencias del hotel, si bien hay que admitir que resulta difícil de explicar a propósito del mismo, como se explica más abajo, razón por la que la jurisprudencia ha intentado suavizarlo.

En suma, los artículos 1783 y 1784 sólo se aplicarán a los casos de sustracción de las pertenencias de los viajeros en sus habitaciones o en las dependencias del hotel. En cambio, cuando se trate de la desaparición de estos objetos estando depositados en la caja fuerte, habrá que acudir a la disciplina general del depósito voluntario, donde se contiene una remisión al régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes (art. 1766)¹⁸. En el primer caso se tratará de una responsabilidad objetiva o por riesgo, más grave, y en el segundo nos hallaremos ante una responsabilidad por culpa, menos rigurosa. Pero, como veremos, esta afirmación también está sujeta a revisión.

No obstante, también se ha sugerido la posibilidad de que en los casos de entrega de objetos para su custodia el régimen de este depósito quede absorbido por lo dispuesto en los artículos 1783 y 1784 para los hoteleros, pues se trataría de un contrato de depósito accesorio de otra actividad principal, distinto, por tanto, de los contratos autónomos de depósito¹⁹. Esta parece ser también la tesis del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), donde afirma que la entrega de las joyas para su custodia en la caja fuerte del establecimiento «no constituye un contrato de depósito voluntario autónomo e independiente, distinto de la prestación por el hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje, configurándose esa entrega como la adopción por el cliente de las prevenciones hechas por el hotelero o sus empleados sobre cuidado y vigilancia de los efectos valiosos». Asimismo, aunque de forma menos clara, en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), para el mismo supuesto de entrega

¹⁸ También traza esta distinción JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 499-500, y «Comentario...», pp. 361-362.

¹⁹ Díez Soto, *ob. cit.*, p. 144.

de objetos para su guarda en la caja fuerte del hotel, el Tribunal Supremo alude a un depósito necesario que deriva del contrato de hospedaje, como se deduce de la Orden de 19 de julio de 1968, que establece el deber del empresario de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia.

Nosotros no compartimos la idea de que el régimen de la entrega de objetos para su custodia quede absorbido por las normas de los artículos 1783 y 1784, porque no concuerda con la intención de las partes al celebrar este contrato de depósito, que no es sino escapar de lo que con carácter general se dispone para la guarda del equipaje del cliente, con el fin de pactar una mayor diligencia en la custodia de objetos valiosos. El contrato de depósito surgido de la entrega por el viajero al fondista de concretos objetos para su guarda puede ser, ciertamente, accesorio del contrato de hospedaje, en cuanto su existencia depende de la de éste. Pero ello no supone necesariamente que deban quedar sometidos a idéntico régimen jurídico, ni que sean exactas las prestaciones comprometidas en cada caso, ni idéntica la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Esa idea es, además, contradictoria, como decimos, con el propósito de ambas partes, al ofrecer y aceptar respectivamente, un dispositivo especial de seguridad. ¿Para qué contratar una obligación de custodia especialmente diligente si de su incumplimiento se derivan las mismas consecuencias que si no se pacta y se aplica el régimen general? Parece lógico entender que del incumplimiento de una obligación que presupone una mayor diligencia en la custodia, derivada del depósito especialmente pactado, derive una responsabilidad de mayor alcance.

Este razonamiento nos conduce, no obstante, a la necesidad de explicar el nivel de diligencia exigible al hotelero. Entendemos que ésta ha de ser distinta, y superior, cuando ha comprometido una prestación principal de actividad diligente de guarda (cosas entregadas para su custodia), que cuando ha comprometido prestaciones de otra naturaleza en relación con las cuales la de custodia es complementaria (cosas meramente introducidas en el hotel). En el primer caso, puede plantearse incluso si el hotelero responde como un depositario profesional, lo que la doctrina ha contestado de forma afirmativa²⁰. Y es que, en efecto, aunque el depósito se ofrezca en

²⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 479, 485, 503, explica que los supuestos de *receptum* se denominan así por el paralelismo tradicional que se establece entre estos casos y los supuestos de *custodia técnica* (la cursiva es mía) del Derecho romano. Y en otra obra, «Comentario...», p. 367, sostiene que si la responsabilidad del hotelero se basara en la culpa/diligencia, procedería exigirle, en virtud del artículo 1104.1 CC, con arreglo al carácter profesional de su actividad, la vigilancia/seguridad que sea exigible actualmente de un profesional de su ramo y categoría, habida cuenta de las circunstancias que sean relevantes.

el marco de otro contrato, el de hospedaje, del que por supuesto es profesional el titular del establecimiento, al incluirse como servicio específico y cualificado, también ha de considerarse profesional al que lo presta. De manera que por los objetos entregados para su custodia en caja fuerte el hotelero responde como un depositario profesional, y por los efectos meramente introducidos en el establecimiento el fondista responde como un hotelero profesional, lo que es obviamente distinto. Responder como hotelero profesional significa hacerlo por los riesgos propios de la empresa o de la actividad que se presta. Responder como depositario profesional implica, sin embargo, hacerlo en mayor medida, por el incumplimiento de una específica prestación de guarda, comprometida mediante un contrato *ad hoc*.

En este sentido, Díez Soto explica que en los casos de depósito profesional el alcance de las obligaciones del depositario se determinará en atención a aquellos elementos objetivos que hayan podido influir en la decisión del depositante de confiar en custodia una cosa de su propiedad²¹. Así, afirma el autor citado, el depositario profesional está obligado a mantener todas las condiciones, medidas de seguridad y comportamientos incluidos, explícita o implícitamente, en la oferta a sus clientes, así como a aquellos comportamientos impuestos por la buena fe contractual (art. 1258). Pero no serán exigibles al depositario profesional aquellos comportamientos que no puedan ser esperados razonablemente por el depositante, en una valoración objetiva de las características propias de su actividad empresarial. Todo ello partiendo de que la obligación de custodia del depositario es una obligación de actividad diligente, esto es, una obligación de hacer que el deudor se compromete a realizar con un determinado nivel de diligencia, cuyo cumplimiento o incumplimiento ha de valorarse con independencia de la obligación de restitución.

En este apartado merece una mención especial un supuesto híbrido, cual es el de la utilización de las cajas fuertes individuales instaladas en las habitaciones²², caso que puede suscitar la duda

MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 164, afirma que el legislador ha reputado depósito el supuesto de introducción de los efectos de los viajeros con el fin de equiparar la responsabilidad del hotelero a la de los depositarios profesionales.

²¹ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 70-76.

²² Para Díez Soto, *ob. cit.*, p. 140, el supuesto de utilización de cajas fuertes individuales no es reconducible al contrato de depósito por razones similares a las que impiden considerar depósito el caso de cajas de seguridad de los Bancos. Respecto de este último contrato, Díez Soto afirma que es un contrato atípico, que no puede ser calificado de depósito por las siguientes razones (p. 123): la obligación de custodia del Banco no se realiza mediante el ejercicio de un control directo y exclusivo de los objetos contenidos en la caja de seguridad, cuya posesión no se transfiere al Banco en ningún momento; tampoco se da la necesaria individualización de tales objetos, que pueden ser retirados o sustituidos

entre considerarlo depósito de objetos para su custodia especial o reputarlo mera introducción de las pertenencias en la habitación. Es obvio que las características propias del supuesto impiden identificarlo plenamente con cualquiera de las dos situaciones, pues en él concurren notas de ambas: adopción de especiales medidas de seguridad, de un lado, y permanencia en el ámbito del cliente, que sigue poseyéndolas, de otro. Hay que reconocer ciertos datos que podrían inclinarnos a incluir la ubicación de objetos valiosos en la caja individual de la habitación en este apartado, junto al de utilización de la caja central del hotel. Así, el artículo 78. 2 de la Orden Ministerial de 1968 (completado en este punto por el Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio) obliga a los establecimientos de cierta categoría a poner a disposición de los clientes dichas cajas individuales; junto a ello, el artículo 1783 establece como presupuesto de la responsabilidad del fondista que los clientes hayan observado las advertencias de aquél sobre el cuidado y vigilancia de sus pertenencias. De estos datos normativos se podría seguir que si el viajero, obedeciendo estos avisos del hotelero, introduce sus objetos de mayor valor en la caja que el empresario pone a su disposición, se cumple el requisito de la responsabilidad de éste, mediante un contrato de depósito para la custodia específica de ciertos objetos.

Pero varios obstáculos se oponen a la equiparación de este supuesto al de depósito de objetos en la caja central del establecimiento. Uno de ellos es que no hay entrega o desplazamiento posesorio propiamente dicho, pues las cosas permanecen en el ámbito del huésped. No obstante, este impedimento no nos parece determinante, pues, como se ha dicho, se trata de aproximar el supuesto de utilización de la caja individual a alguno de los otros tipos, reconociendo que son casos distintos, aparte de lo que sobre la entrega y posesión del depositario se dirá en el siguiente apartado, a propósito de la mera introducción en el hotel de las pertenencias del cliente.

por el usuario en cualquier momento sin que ello afecte a la subsistencia de la relación contractual; las únicas obligaciones del Banco consisten en garantizar la idoneidad de las cajas y de los locales en que éstas se ubican para cumplir la función de seguridad a la que están destinados, y desplegar una actividad de vigilancia o custodia en sentido amplio, para evitar que las cajas mismas queden expuestas a la acción dañosa de agentes externos; pero el Banco no tiene obligación de custodiar en sentido estricto, ni menos aún de restituir las cosas introducidas en la caja. *Vid.* sobre el tema, QUICIOS MOLINA, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Pamplona, 1999, pp. 59-107.

Igualmente, según SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad en hoteles», *RDM*, 2001, I, pp. 744-745, en la hipótesis de cajas de seguridad de las habitaciones no puede hablarse de contrato de depósito, porque no hay entrega de las cosas al hotelero, y porque el hotelero no asume ningún deber específico de guarda o custodia, pues las cosas quedan bajo el control y dominio del cliente; se trata, estima este autor, de un contrato autónomo, encuadrable dentro del género del arrendamiento de servicios.

Mas los otros obstáculos son de mayor peso. Así, hay que recordar que el depósito requiere una individualización e identificación de la cosa que se guarda, so pena de hacer responsable al depositario, y exigiéndole además una diligencia como profesional del ramo, de la desaparición de cosas cuya existencia o naturaleza ignora. No se puede perder de vista que, como reconoce toda la doctrina, el depositario puede negarse a custodiar objetos por encima de determinado valor u objetos de determinada naturaleza²³, por lo que no debe merecer la consideración de depositario quien ni siquiera conoce aquello de lo que se le podría hacer responder en caso de sustracción; si bien es cierto que en el artículo 1783 se considera depositario al hotelero que desconoce los efectos que han sido introducidos, esta equiparación no supone, en cambio, un régimen de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de custodia, principal y característica de la relación contractual pactada (régimen que ha de considerarse más grave para el hotelero, como demostraremos en este trabajo), sino un régimen especial de responsabilidad, el contenido en los artículos 1783 y 1784 (que ha de ser menos grave, en contra de lo que piensa la mayoría de la doctrina).

Por último, hay que tener en cuenta que ciertamente el párrafo segundo del artículo 78.2 establece la obligación de ciertos hoteles de poner a disposición de los clientes cajas individuales, pero también dispone en los párrafos primero y tercero que la responsabilidad del fondista requiere que los objetos de valor se depositen, bajo recibo, para el servicio de custodia especial que todo establecimiento debe prestar. Por tanto, si el huésped utiliza para su comodidad la caja de su habitación, ha de correr con cierto riesgo. Para situar dicho riesgo a cargo del hotelero en su totalidad, ha de depositar, bajo recibo, sus objetos de valor en el servicio de custodia central del hotel.

De lo anterior se desprende que la utilización de la caja fuerte individual de la habitación no puede ser considerada auténtico depósito, como sí lo es, sin embargo, la entrega de objetos para ser guardados en la caja fuerte central del hotel. Con todo, el supuesto tampoco puede equipararse al de mera introducción de las pertenencias de los clientes en las dependencias del hotel o a la ubicación de aquéllas en las habitaciones, pues el cliente adopta ciertas

²³ También el artículo 1953 del Código Civil francés somete al régimen de responsabilidad ilimitada el robo de objetos depositados o de objetos cuyo depósito haya sido rechazado por el hotelero sin motivo legítimo, por lo que hay que entender, *a contrario*, que el titular del establecimiento puede negarse justificadamente a ser depositario. Más claramente, el parágrafo 702. 4 del Código alemán y el artículo 1784 del Código Civil italiano establecen que el hotelero puede negarse a custodiar objetos peligrosos, cosas que tengan valor excesivo o efectos de custodia sea molesta o embarazosa.

precauciones utilizando un mecanismo sustitutivo del central, ofrecido por el titular del establecimiento. Se trata de un caso a medio camino entre los otros dos que, como tal, merece un tratamiento específico en orden a la responsabilidad del hotelero, como tendremos ocasión de exponer. El artículo 78.2 de la Orden Ministerial de 1968 establece que, tratándose de las cajas individuales, el hotelero sólo responde en los casos de dolo, pero no nos parece que éste sea el régimen más adecuado, como explicamos más abajo.

2. MERA INTRODUCCIÓN DE LAS PERTENENCIAS DE LOS HUÉSPEDES EN EL HOTEL

La doctrina en general rechaza que en el supuesto de los artículos 1783 y 1784 nos hallemos ante un auténtico depósito, con base fundamentalmente en la ausencia de desplazamiento posesorio de las pertenencias de los clientes, que son quienes siguen en su posesión. Se suele considerar que estamos ante una obligación legal de custodia indirecta, que no nace de un acuerdo de las partes, sino que tiene como presupuesto el desarrollo de la actividad hotelera, de manera que la ley impone al hotelero responsabilidad por los efectos de los clientes desde el momento en que éstos se encuentran en el establecimiento y hasta que lo abandonen, sin necesidad de contrato alguno. Así pues, con la equiparación al depósito contenida en el artículo 1783 se trata solamente de regular la responsabilidad del hotelero, pero ello no puede implicar que se trate verdaderamente de tal figura contractual²⁴.

²⁴ BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Madrid, 1955, pp. 36-38, sostiene que el recurso a la figura del depósito necesario es un cauce jurídico hábil para enmarcar la relación derivada del hospedaje en la dogmática obligacional e imponer tal figura por vía legal; encuadrar la responsabilidad del hotelero, explica, dentro del depósito necesario no fue más que un expediente con objeto de amoldar la responsabilidad extraordinaria y excepcional resultante de su posición. La responsabilidad del hotelero, termina, es un efecto legal accesorio del contrato de hospedaje, y no objeto de un negocio jurídico autónomo por el cual se confía la guarda de las cosas.

ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 298-299, pone de manifiesto las dudas sobre el verdadero carácter de depósito de la introducción de efectos en los hoteles, y concluye que reputarlo depósito necesario tiene el significado de aplicación de un criterio de responsabilidad «*ex recepto*».

BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1697-1698, mantiene que en el artículo 1783 no hay depósito ya que no hay acto de constitución de éste, por las siguientes razones: primero, no hay entrega, sino mera introducción, por decisión unilateral del viajero y sin intervención del posadero, y no se da el efecto típico del depósito, cual es la situación posesoria del depositario, pues los efectos continúan en poder del viajero; segundo, no hay aceptación del mesonero, sino, a lo sumo, mero conocimiento que puede valorarse como consentimiento a la introducción, pero no como consentimiento contractual para su conservación. El artículo 1783 contiene, por tanto, una ficción: asimilar al depósito necesario una figura que ni siquiera es depósito. Los hoteleros, termina BADOSA COLL, responden como depositarios, pero no lo son, pues falta la posesión de las cosas necesaria para que se aplique la

La jurisprudencia, por su parte, también descarta la existencia de un depósito y considera que nos hallamos ante una obligación legal de indemnizar, que nace por la decisión unilateral del viajero de introducir sus pertenencias en el establecimiento y no requiere aceptación del fondista. Lo afirma así para casos de robo de efectos en las habitaciones, pero también, incluso, para supuestos de sustracción de objetos entregados para ser guardados en cajas fuertes. Muestra de ello es la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), ampliamente citada por resoluciones judiciales posteriores, en la que la parte recurrente consideraba que la entrega de las joyas para la custodia en la caja fuerte del hotel constituía un contrato de depósito voluntario²⁵, pero el Tribunal Supremo afirma que la responsabilidad dispuesta en los artículos 1783 y 1784 nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos del huésped, sin necesidad de previo contrato de depósito ni aceptación del fondista, e insiste en que la entrega de objetos bajo recibo no constituye un contrato de depósito autónomo, sino mera observancia de las prevenciones realizadas por el hotelero. Y en el apartado anterior hemos señalado como numerosas sentencias se inclinaban por la aplicación de los artículos 1783 y 1784 a los supuestos de custodia de ciertos objetos en las cajas fuertes, entendiendo que en esos casos la existencia de un depósito necesario deriva del contrato de hospedaje, en cuyo seno la ley establece la obligación del hotelero de custodiar los efectos de los clientes.

normativa del depósito. La referencia al depósito es sólo un expediente retórico para imponer al hotelero la responsabilidad por los efectos introducidos.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 500-501, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 336-337, y «Comentario...», p. 362-363, rechaza que respecto de las cosas meramente introducidas por los clientes, único supuesto al que se refieren los artículos 1783 y 1784, estemos ante un genuino contrato de depósito, pues este implica un desplazamiento posesorio de las cosas. Mantiene que no hay contrato de custodia alguno, sino obligación legal de custodia, a lo que no obsta que el Código hable de «depósito necesario», pues esa calificación es una mera reliquia histórica (recibida del Código Civil francés, a través del Proyecto de 1851), sin trascendencia normativa (más detalladamente sobre el origen de la equiparación al depósito necesario, *La responsabilidad contractual*, p. 501). E insiste en que la responsabilidad del hotelero se asienta sobre una obligación legal de custodia indirecta, y no en un contrato de hospedaje, que puede no haberse celebrado todavía o puede haberse extinguido ya, ni en un contrato de depósito.

En la misma línea, Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 141-142; Badenas Carpio, *ob. cit.*, p. 628; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 417; Capilla Roncero, *ob. cit.*, p. 486; Martín Santisteban, *ob. cit.*, p. 163; Lacruz-Sancho-Luna-Delgado-Rivero-Rams, *ob. cit.*, p. 251; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 827; Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 612; Sánchez Arísti, *ob. cit.*, p. 2065.

²⁵ «y no un depósito necesario de los artículos 1783 y 1784, ya que los objetos no fueron «introducidos» en el establecimiento en el sentido que a tal vocablo da el primero de esos artículos, sino que, por el contrario, fueron voluntariamente entregados por la actora en la recepción del hotel para su custodia en la caja fuerte», según la recurrente.

Ésta es también la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652), donde se explica que del cumplimiento de todo contrato de hospedaje nace en el empresario hotelero una responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos que el cliente hubiera introducido en el hotel, y se añade que «realmente nos encontramos ante el antiguo *Receptum cauponum*, que no es un depósito necesario [...], pero, aun no siéndolo, el legislador lo «reputa» como tal. Igualmente, respecto de los efectos introducidos por el cliente o huésped en el hotel, el empresario hotelero no es depositario, pero, aun no siéndolo, el legislador le hace responder «como» si fuera depositario. Lo que no quiere decir que le sean de aplicación las normas jurídicas del depósito voluntario relativas al depositario (a diferencia de lo que ocurre con los verdaderos depósitos necesarios según lo dispuesto en el art. 1782 del Código Civil). A través de tan rocambolesca equiparación (que parece tener su origen en la trasposición al derecho español de lo que se dispone en el texto del Código francés de 1804) lo único que se hace es establecer una responsabilidad *ex lege* del empresario hotelero respecto de la pérdida o deterioro de los efectos que el cliente o huésped ha introducido en el hotel (que tiene su antecedente histórico legislativo en la Partida V, Título VIII, Ley 26)».

Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) se insiste en que «la responsabilidad nace de la «introducción» en un determinado ámbito controlado por el responsable, sin necesidad de previo contrato de depósito ni aceptación del fondista», y se explica «que no es un depósito, aunque «se reputa también depósito», y que la «introducción» no es una entrega; la introducción supone la fijación de un nuevo *status loci*, para los efectos por decisión unilateral del «viajero» (si se prefiere, «cliente») y sin intervención del fondista o posadero, que no supone o implica la situación posesoria del depósito (el fondista o posadero no adquiere la posesión de los efectos, que continúan en poder del «viajero» [...])».

Si la tesis de la responsabilidad *ex lege* fuera cierta, el régimen de la responsabilidad del fondista podría discurrir por el cauce de los artículos 1902 y siguientes. En efecto, si la responsabilidad del titular del establecimiento se desencadena por el hecho de desarrollar una actividad hotelera, y no es necesario contrato alguno, porque es la ley la que impone una obligación de custodia indirecta, podría concluirse en la naturaleza extracontractual de la obligación de indemnizar. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria, como veremos, se inclina por una responsabilidad de naturaleza contrac-

tual, que derivaría del contrato de hospedaje, y la mayoría de los autores, aunque se refieran a una obligación *ex lege* o a una responsabilidad *ex lege* del hotelero, terminan por reconducir la cuestión finalmente al contrato de hospedaje. Y no podía ser de otra manera, pues la idea del desarrollo de una actividad hotelera como presupuesto de la responsabilidad, aunque sea bastante para justificar la obligación de indemnizar a terceros (ahora sí por la vía del art. 1902), es insuficiente para explicar el particular régimen de responsabilidad del fondista frente al cliente. En la relación hotelero-huésped la responsabilidad del primero no puede ser sino de carácter contractual, como explicaremos en el siguiente epígrafe. La tesis de la obligación *ex lege* del titular del hotel consigue evitar los inconvenientes de la referencia al depósito, pero no tiene en cuenta que la fuente de la obligación de custodia ha de ser o un específico contrato de depósito de objetos valiosos o el contrato de hospedaje integrado mediante los usos o mediante la equiparación al depositario contenida en el artículo 1783.

Se detecta cierto empeño doctrinal y jurisprudencia en sostener que la equiparación al depósito necesario es a los solos efectos de responsabilidad, pero no estamos ante un auténtico depósito. Pero esto no puede sostenerse, porque si se establecen reglas particulares de responsabilidad, distintas a las del depósito voluntario, no puede decirse que la equiparación es a efectos de responsabilidad. ¿Cómo puede mantenerse que la consideración de depósito obedece al deseo de reconducir a la normativa de este contrato la responsabilidad del hotelero, si el legislador está excluyendo esa disciplina disponiendo reglas particulares de responsabilidad? Será entonces que lo que pretende el legislador es establecer, simple y llanamente, que el hotelero es un depositario y le incumben, con matices, las obligaciones propias de éste. No se trataría sólo, como pretenden la mayoría de los autores, de reconducir a un esquema contractual la hipótesis de mera introducción de los efectos de los huéspedes, sino también de encajarla en el régimen del depósito, para disponer que el hotelero responde como depositario, por incumplimiento de la obligación de custodia, aunque con sujeción a normas particulares.

Considerar depósito la introducción de las pertenencias de los clientes en los hoteles puede ser, por otra parte, una muestra de que la obligación de custodia no requiere posesión inmediata en todos los casos, sino que en algunos basta con que las cosas se hallen en la esfera de influencia del empresario. Es tradicional argumentar la negativa a considerar depósito dicha introducción de las cosas de los huéspedes, en contra de la letra del artículo 1783, con base en la

ausencia de desplazamiento posesorio de los objetos, que siguen siendo poseídos por su propietario, el cliente. Y, efectivamente, si el cumplimiento de la obligación de custodia característica del depósito requiere la tenencia material de las cosas, para ejercer sobre las mismas un control exclusivo, la conclusión no puede ser otra. Sin embargo, si bien es cierto que la idea de depósito descansa normalmente sobre las de posesión inmediata por el depositario y de entrega del objeto por el depositante (artículos 1758, 1763, 1766, 1770, 1774, 1775, 1780), tampoco puede desconocerse la necesidad de cierta flexibilidad en este punto, propiciada por el propio artículo 1783. Es decir, que las cosas también se pueden ver al revés, y pensar que no siempre la obligación de custodia requiere una tenencia material del objeto, como queda claro en el artículo 1783, al referirse a los efectos «introducidos», de los que se considera depositario al hotelero. En este sentido, en el *Code* francés se considera depósito necesario todo supuesto de introducción de objetos por los viajeros (art. 1952), y, a continuación, se distinguen dos casos para determinar el alcance de la responsabilidad como depositario dispuesta para ambos: el de las cosas depositadas en poder del hotelero (o cosas cuya recepción haya rechazado el hotelero sin motivo justificado) y el resto de casos. Asimismo, en el *Codice* italiano la sección correspondiente lleva por título «Del depósito in albergo», comprendiendo, por tanto, los dos supuestos que después se distinguen: el de cosas que los clientes llevan al establecimiento y el de cosas consignadas y recibidas por el hotelero para su custodia.

Según el artículo 1783 español «se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones». Esta expresión legal indica ya dos cosas: la primera, que el legislador reconoce que no es un auténtico depósito necesario, aunque lo considere como tal, pues dispone que «se reputa», y no establece que «es necesario el depósito...», tal y como hace en el artículo 1781 para otros casos; además, la introducción del equipaje de los viajeros en los hoteles no se contempla en un número tercero de este artículo 1781, ni en el artículo 1782, disponiéndose en este último el régimen aplicable, tal y como se hace para las otras dos hipótesis de depósito necesario, sino que, como sabemos, se regula en preceptos separados, los artículos 1783 y 1784. La segunda, que la equiparación no es al contrato de depósito, sino al depósito necesario, por lo que no hay razón para plantearse, como hacen algunos autores, si realmente estamos ante un depósito propiamente dicho, con las notas características de éste: el legislador ya parte de que depósito voluntario no hay, y alude al depósito necesario, forzado por la naturaleza de las cosas y las circunstan-

cias, habida cuenta de la inseparabilidad del equipaje del viajero de éste mismo. Pero, aun con estos matices y concesiones, en el artículo 1783 se considera depósito necesario la introducción de sus pertenencias por los viajeros en fondas y mesones. De manera que si el legislador separa el supuesto de los hoteleros de los otros de depósito necesario (y de depósito voluntario), pero, aún así, califica el caso de depósito necesario, no se puede obviar esta consideración legal y quizá sí se pueda pensar que el regularlo en normas separadas obedezca a la finalidad de establecer un régimen especial de responsabilidad, más que a un deseo (que iría en contra del propio tenor literal del art. 1783) de no considerarlo depósito.

La naturaleza y características de los objetos que han de guardarse imponen cierta elasticidad tanto en la nota de la tenencia material de los mismos como en el contenido de la obligación de custodia²⁶. Tratándose de objetos de uso cotidiano, imprescindibles para la vida diaria del huésped, su posesión inmediata por su dueño, inevitable, no debe excluir la idea de una posesión mediata por parte del empresario. Ubicadas las cosas en el establecimiento, está claro que se hallan en la esfera de influencia del hotelero, quien es precisamente el que ha de ejercer el control para que las mismas no sean sustraídas, permitiendo a la vez su utilización por el dueño. En suma, el control del hotelero no puede ser sino exclusivo y excluyente de todos, salvo del cliente-propietario. La naturaleza propia de las cosas impide que se pueda excluir la posesión y utilización por su dueño, pero, con la única excepción de éste, se puede seguir afirmando que el control del hotelero es exclusivo y excluyente. La posesión y control compartido, no obstante, modalizará la obligación de custodia, que habrá de ser más limitada que cuan-

²⁶ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 112-113, se ve obligado a reconocer que las características propias de la cosa depositada pueden implicar una modalización de la obligación de custodia que incumbe al depositario. Lo hace en relación con el contrato de garaje, en el que el titular del vehículo conserva una amplia disponibilidad sobre el mismo y, por tanto, el garajista no queda obligado a custodiar ejerciendo un control directo, inmediato y excluyente sobre la cosa. Pero aun en este caso, sigue el autor, no se puede excluir la calificación del contrato de garaje como depósito, pues lo decisivo es el hecho de que, mientras el vehículo permanece en el garaje, queda bajo la esfera de influencia exclusiva del garajista. En este caso, termina, sólo serán exigibles al depositario los comportamientos que sean compatibles con el nivel de disponibilidad que tiene atribuido sobre la cosa.

HUALDE MANSO, *ob. cit.*, p. 111, indica que la obligación de custodia tiene un contenido elástico y que no es posible determinar de antemano los singulares actos que son debidos, razón por la que no se describen en el Código Civil sus contenidos concretos. Esta imposibilidad de determinación deriva, sigue la autora, de la diversa naturaleza de las cosas, pero no debe entenderse en términos absolutos, sino que el contenido de la obligación de custodia puede deducirse de la propia naturaleza del objeto, del fin a que la custodia responde y de la previsibilidad de las circunstancias posibles en que la custodia se va a desempeñar.

OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 183, 223-226, también se refiere a la elasticidad de la obligación de guarda y a la relación existente entre el comportamiento implicado en esa obligación y la naturaleza de la cosa: la actividad indeterminada *a priori* del depositario es determinable según la naturaleza del objeto.

do el hotelero excluye incluso al propietario de las cosas depositadas. Así, en los Códigos alemán (parágrafo 702), francés (art. 1953) e italiano (artículos 1783 y 1784), junto a la responsabilidad ilimitada por las cosas depositadas en poder del hotelero (o que éste haya rechazado sin causa legítima), se regula la responsabilidad limitada por las cosas meramente introducidas en el hotel.

La posición flexible que exponemos permite aceptar que en el caso de la mera introducción de las pertenencias de los viajeros exista depósito y que el hotelero responda como depositario, tal y como dispone el artículo 1783. Si el hotelero responde como depositario, por incumplimiento de una obligación de guarda por tanto, es porque de alguna manera posee las cosas. Existe, pues, posesión o tenencia de las cosas por el hotelero, aunque compartida con el cliente, y existe también a cargo de aquél la consecuentemente prestación de guarda, si bien integrado todo ello en la relación de hospedaje por la equiparación legal del artículo 1783.

Sin perjuicio de todo lo anterior, forzoso es reconocer que la referencia al depósito complica las cosas y que, sin necesidad de aludir a esta figura contractual, se puede considerar existente una prestación de custodia a cargo de los empresarios del sector hotelero por otras vías. En este sentido, hay que tener en cuenta que, en virtud del artículo 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que derivan de la buena fe, del uso y de la ley. Por lo que se refiere a la ley, la falta de una regulación legal concreta del hospedaje y de las obligaciones del hotelero en relación con el cliente se ha suplido con la referencia al depósito en el artículo 1783, de manera que la ausencia de una disposición legal sobre la obligación de custodia del fondista se cubre con la equiparación al depósito necesario y la responsabilidad como depositario; pero esto origina distintos problemas y cuestiones, pues, como estamos viendo, habría que superar ciertos obstáculos derivados de la concepción tradicional del depósito. Si la ley y los pactos de las partes (que probablemente se habrán ceñido al alojamiento y manutención, si no se ha contratado un depósito particular de determinados efectos) no solucionan satisfactoriamente la cuestión, puede que los otros medios de integración del contrato mencionados en el artículo 1258, los usos y la buena fe²⁷, sí permitan entender incluida en el hospedaje una obli-

²⁷ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 503, considera que el fundamento de la responsabilidad del hotelero por la custodia indirecta deriva del carácter y naturaleza de la prestación hostelera: ésta presupone, con arreglo a la buena fe, el deber accesorio de custodia sobre los objetos que el cliente introduce en el establecimiento, la plena utilidad de aquella prestación no se comprende sin este deber accesorio inherente a la buena organización de la actividad deudora empresarial.

gación de custodia a cargo del fondista. En el sector hotelero, en el que abunda la normativa administrativa sobre las obligaciones del empresario frente a la Administración pública, pero falta una regulación civil de la relación contractual que se instaura entre el profesional y el huésped, los usos cobran especial importancia y vienen a establecer las prestaciones a cargo del hotelero. Los usos sobre las obligaciones de las partes derivan de la normativa autonómica o estatal acerca de la clasificación de los establecimientos hoteleros, instalaciones y servicios con que deben contar, en la medida en que el cliente espera determinadas prestaciones por considerarlas implícitas en la categoría del establecimiento, categoría que presupone, a su vez, determinada tarifa o precio. Así, aunque es cuestión que tratamos con mayor profundidad a propósito de la naturaleza contractual de la responsabilidad del fondista en el siguiente epígrafe, se puede adelantar como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de noviembre de 2001 (JUR 2001/92178), el cliente, recurrente, alegaba que «el contrato de hospedaje significa también el compromiso de otorgar al cliente una seguridad sobre sus bienes, muy digno de tener en cuenta si se atiende a la categoría del establecimiento y al precio del alojamiento».

¿Es esta obligación de custodia del hotelero idéntica a la del depositario? Según el artículo 1783, que no matiza, sí. Ahora bien, aunque atendiendo a este precepto se entienda que el hotelero responde como depositario, no responde, como sí lo hace en el caso de cosas entregadas para su guarda, como depositario profesional, pues no presta en este caso un servicio específico y cualificado, una actividad diligente de custodia. Responde, simplemente, como hotelero profesional, lo que es distinto, pues significa responder por la desaparición de las pertenencias de los clientes, desaparición que implica por sí misma incumplimiento de la obligación de custodia derivada del hospedaje, sea o no negligente.

II. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/EXTRACONTRACTUAL

La mayoría de las resoluciones judiciales sobre el tema se ocupan de precisar que la responsabilidad del titular del hotel es contractual, «de marcado carácter obligacional», descartando expresamente que sea de naturaleza aquiliana. Pero también pueden encontrarse algunas sentencias, minoritarias, a favor del carácter extracontractual de esta responsabilidad. En principio parece que el supuesto de desaparición de las pertenencias de los viajeros, introducidas por éstos en los establecimientos hoteleros, puede ser

uno de esos casos en que se superponen responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, pues los daños se producen en el marco de una relación contractual²⁸. Así, no faltan sentencias que aprecian esa concurrencia de responsabilidades, aunque predominen, como decimos, las que se inclinan por la naturaleza contractual de la responsabilidad del fondista. Ésta última debe ser, a nuestro juicio, la tesis defendible, por las consideraciones que pasamos a exponer.

La naturaleza contractual de la responsabilidad parece indiscutible en el caso de que se hayan entregado objetos para su custodia particular, si se entiende celebrado un contrato de depósito, lo que ha quedado demostrado más arriba; el incumplimiento de la obligación de guarda, prestación esencial del tipo contractual, y del deber de mantener las condiciones de seguridad adecuadas para la debida observancia de aquella obligación principal, implicará la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del CC. Aun así, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854) y de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390), admitieron, como inmediatamente se verá, el carácter extracontractual de la responsabilidad del hotelero en similares casos de depósito voluntario, como creemos que hay que considerar la ubicación del coche en espacios vigilados y cerrados del hotel.

La duda acerca del carácter, contractual o extracontractual, de la responsabilidad del fondista quizá sea más razonable en el otro grupo de casos, el de las cosas meramente introducidas en habitaciones o dependencias del hotel. Así, las sentencias de las Audiencias Provinciales que a continuación se expondrán acogieron la naturaleza aquiliana de la responsabilidad del titular del establecimiento en supuestos de sustracción del equipaje ubicado en la habitación. Pero, y esto es lo curioso, lo hicieron invocando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, vertida, como acabamos de decir, para supuestos diversos. De manera que en este tema, como en todo lo relacionado con la responsabilidad de los hoteleros, parece reinar la confusión, producida por el trasvase de soluciones a hechos distintos de aquellos para los que fueron dictadas.

²⁸ Suele ponerse como ejemplo de concurrencia de ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, aquella en que incurre el depositario si pierde o deteriora la cosa depositada: el depositario no sólo incumple el contrato, sino que, al mismo tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro. *Vid.* GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *RDP*, 1962, II, p. 831; CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pp. 5, 59-161; MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 61; SIERRA PÉREZ, pp. 49-88.

La posición mayoritaria (contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), y en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247), 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Santa Cruz de Tenerife 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), Almería 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/2576), Valencia 13 de diciembre de 2001 (JUR 2001/65557), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Madrid 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125), Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), y Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) deduce la naturaleza contractual de la preexistencia de un contrato de hospedaje, del que forma parte el depósito necesario de los efectos pertenecientes a los viajeros. Se cita, además, en apoyo de esta tesis, la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, que dispone la obligación de éstos de prestar un servicio de custodia de dinero, joyas u objetos de valor, y la consiguiente responsabilidad por pérdida o deterioro en los términos de los artículos 1783 y 1784 CC. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) insiste en prescindir de la existencia de un contrato de depósito, pues la responsabilidad de los hoteleros deriva del contrato de hospedaje y por el hecho de la introducción por el huésped de sus efectos en el hotel: es una responsabilidad fundada en el riesgo profesional o de empresa, que no requiere un previo contrato de depósito ni aceptación del fondista. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125) intenta clarificar algo más el tipo de relación establecida entre el titular del hotel y el cliente, explicando que el Código Civil no se ocupa directamente del contrato de hospedaje más que para establecer las reglas de responsabilidad del hotelero, y que es un contrato que ha recibido distintas consideraciones en la doctrina, siendo para unos una combinación de distintos contratos, para otros un arrendamiento de cosas, y para unos terceros un contrato con identidad propia siendo su nota esencial el *complexus* jurídico formado por la cesión de habitaciones y sus servicios complementarios.

Aunque, como decimos, predominan las resoluciones partidarias de calificar como contractual la responsabilidad del hotelero, en virtud del depósito aparejado al contrato de hospedaje, también existen algunas sentencias favorables a la aplicación del artículo 1902 CC. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854)²⁹, ante la sustracción de un vehículo del aparcamiento

²⁹ Sentencia comentada por HIDALGO GARCÍA, «El contrato de garaje en aparcamientos abiertos al público. La responsabilidad en caso de daños o sustracción del vehículo».

vigilado del hotel, se entendió que existía yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, por los mismos hechos, o concurrencia de acciones de resarcimiento, las originadas a la vez en un contrato y en un acto ilícito extracontractual, por lo que, dado el principio inspirador de la jurisprudencia de la «unidad de la culpa civil», el perjudicado puede optar entre una u otra acción.

Según la sentencia recurrida en casación, al existir un contrato de hospedaje, uno de cuyos servicios u obligaciones es, por imperativo legal (citándose la normativa, estatal y autonómica en cuestión), la prestación de servicio de garaje, la obligación incumplida es de marcado carácter contractual; sin desconocer que la existencia de relación contractual entre las partes no excluye la posibilidad de ejercitar acciones con base en el artículo 1902, sigue la Audiencia Provincial, en el caso el hecho generador de responsabilidad fue la falta de vigilancia de los empleados, lo que no es ajeno a las obligaciones de las partes, obligando ello a que la responsabilidad derivada de dicha negligencia se exija a través del artículo 1101.

Según el Tribunal Supremo, en cambio, también concurren los elementos de la responsabilidad extracontractual (el comportamiento ilícito de los que omitieron el deber de vigilancia, el daño patrimonial, en nexo causal, y la falta de culpa del perjudicado), a lo que se añaden «los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual», de modo que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual excluya a la aquiliana, sino que para que sea así se requiere la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial. Por tanto, ambas acciones son acumulables, y se pueden ejercitar una u otra de manera alternativa o subsidiaria, o incluso cumulativamente, pues el hecho de que exista un contrato no es suficiente para evitar la responsabilidad aquiliana.

En la posterior sentencia de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390)³⁰, también a propósito de la sustracción de un automóvil de la zona de aparcamiento específica del hotel, el Tribunal Supremo reprodujo la anterior resolución de 1 de febrero de 1994, recordando la tendencia de la doctrina civilista actual y de la jurisprudencia a aplicar la tesis de la unidad de culpa, según la cual no incurre en incongruencia el órgano jurisdiccional que funda la condena a indemnizar al perjudicado en normas distintas de las invocadas por éste. En el caso se había producido una omisión culposa en la segu-

lo (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994)», *ADC*, 1994, III, p. 289.

³⁰ Resolución comentada por FERRER TAPIA, «Algunas reflexiones sobre el contrato de aparcamiento de superficie. Comentario a la STS de 8 abril 1999 (RJ 1999, 390)», *RdP*, 2001, núm. 7, p. 207.

ridad del hotel, por lo que éste responde por la falta de recuperación del coche con base en la doctrina contenida en la sentencia 1994/854.

Ésta ha sido también la postura del Tribunal Supremo en otros supuestos de daños en el marco de una relación contractual: la tesis de la unidad de la culpa civil y el sistema opcional ante la yuxtaposición de responsabilidades. Pero no puede ser aceptada en el terreno de los objetos depositados en los hoteles, en el que parece más acertada la tesis de la responsabilidad contractual, puesto que ésta es la procedente cuando se trata del incumplimiento de deberes de custodia expresamente pactados (en el supuesto de entrega para la custodia en caja fuerte), o integrados en el contrato de acuerdo con el artículo 1258 CC (en el caso de cosas ubicadas en habitaciones o dependencias del hotel). No obstante, esta doctrina jurisprudencial ha constituido el punto de partida de otra jurisprudencia menor sobre el tema.

La doctrina de la sentencia 1994/854 es transcrita en la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2003 (JUR 2003/29434). En este caso se trataba de la sustracción de unas maletas preparadas en la habitación para la partida. El tribunal advierte de la existencia de un contrato de hospedaje, pero rechaza la responsabilidad con base en el mismo por no haber quedado acreditado que el demandante hubiera cumplido los requisitos establecidos en el artículo 1783 (dar conocimiento al hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento y cumplir las advertencias de éste en cuanto al cuidado de los mismos). Aplicando la teoría del Tribunal Supremo en la sentencia arriba citada, la Audiencia entiende a continuación que sí concurrió responsabilidad extracontractual por haber incumplido el hotel las medidas que garantizaban la seguridad y tranquilidad de sus huéspedes. Se aclara en la sentencia que estas medidas de seguridad se hallan en la órbita de lo pactado, pero no son el núcleo esencial, de modo que su incumplimiento por parte del hotel permite apreciar la negligencia prevista en el artículo 1903 CC.

La posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) alude a las dos resoluciones anteriores, la del Tribunal Supremo y la de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, como base para apreciar una responsabilidad extracontractual en los supuestos en que se acredite que el establecimiento carecía de las medidas de seguridad precisas. Esto era lo que había ocurrido, pues habían sido sustraídos de una de las habitaciones diversas pertenencias del demandante, dada la facilidad para acceder al interior del recinto a través de la valla de la

piscina, a la que daba directamente la habitación de aquél. La Audiencia considera que es asumible la sentencia de la instancia, en la que se apreció única y exclusivamente responsabilidad contractual, pero añade que existiría, además, la extracontractual prevista en el artículo 1903 por *culpa in vigilando*.

En estas dos sentencias las respectivas Audiencias se inclinan por una responsabilidad aquiliana del titular del hotel por incumplimiento de las medidas de seguridad. Según la de Santa Cruz de Tenerife estas medidas forman parte del contrato, pero no siendo el núcleo esencial de su contenido, su vulneración no implica responsabilidad contractual. De modo que para este tribunal sólo el incumplimiento de las principales obligaciones contractuales puede permitir la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil; la infracción de cláusulas acerca de circunstancias o elementos contractuales secundarios o accesorios originaría una responsabilidad extracontractual. Esta afirmación, aunque no es idéntica a la que ciñe la responsabilidad contractual al incumplimiento en la rigurosa órbita de lo pactado, se halla en sintonía con ella. Ambas supondrían circunscribir la responsabilidad contractual del hotelero a la vulneración de aquellas prestaciones que caracterizan al contrato de hospedaje, a aquellas que definen el tipo contractual y que, por eso, siempre se hallan en el marco de lo pactado; en esta figura, el alojamiento y, en algunos casos, la manutención.

No nos parece acertado el recurso a la responsabilidad extracontractual. Por supuesto no puede parecernos correcto cuando se ha pactado un depósito de determinados efectos, entregados para su particular custodia, pues, de seguirse la anterior doctrina jurisprudencial, no cabe duda de la vulneración de la principal obligación contractual, la de guarda, que no puede sino considerarse incluida en la rigurosa órbita de lo pactado. Junto con lo anterior, el hecho de haberse celebrado un contrato *ad hoc*, para evitar la sustracción de ciertas pertenencias del cliente, debe implicar la aplicación del sistema de riesgos y beneficios diseñado para la figura contractual en cuestión, antes que recurrir a generales deberes de comportamiento; si bien esto último es lo procedente cuando se trata de terceros, respecto de los que rige el genérico *alterum non laedere*, no lo es cuando se trata de la contraparte en el contrato celebrado para prestarle una actividad diligente de custodia.

Tampoco lo consideramos adecuado cuando se trata de las cajas fuertes individuales de las habitaciones, sea o no este caso un depósito, pues aunque no se pueda entender celebrado este tipo de contrato por los inconvenientes que se expusieron más arriba, sí existe otro contrato, el de hospedaje, del que deriva una obligación de

custodia para cuyo cumplimiento el hotelero ofrece al cliente este dispositivo especial. Si el hotelero, en cumplimiento de la normativa administrativa que le obliga a ello, instala en las habitaciones cajas de seguridad, invita al cliente a su utilización, debiendo entenderse celebrado el contrato cuando el huésped introduce sus pertenencias en las mismas, considerándose que es uno de esos contratos que se perfecciona mediante dispositivos automáticos (art. 1262). Puede que este contrato no sea depósito, como decimos, pero es un pacto por el que el hotelero queda obligado a prestar determinado servicio que incluye, cuando menos, el mantenimiento de las cajas en las debidas condiciones de seguridad. El régimen de la responsabilidad del titular del establecimiento cuando resultan sustraídos los efectos introducidos en las cajas individuales de las habitaciones es cuestión que se aborda en el epígrafe correspondiente, pero que es una responsabilidad contractual no puede dudarse si se tiene en cuenta que es una prestación de un servicio que se ha de entender comprometida por el hotelero desde el momento en que el cliente decide utilizarlo, bien se califique este pacto como contrato independiente (surgiendo las correspondientes dudas para esta calificación), bien se reconduzca al contrato de hospedaje.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) explica que la doctrina jurisprudencial tradicional, pensada para los casos de entrega de los objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel, no es aplicable al supuesto, cada vez más frecuente, de utilización de la caja fuerte instalada en la propia habitación del cliente. En este caso, el hotel ofrece al viajero un servicio más, que seguramente está incluido en la factura total de la habitación, y que no hace depender de exigencia alguna, ni de solicitar su uso en recepción, por lo que no es aplicable el artículo 1783, sino las normas generales del depósito. Esta sentencia se equivoca al sostener que el artículo 1783 y la doctrina jurisprudencial tradicional son aplicables a los casos de entrega de objetos para su guarda en la caja central, y también al considerar que al caso de utilización de la caja individual de la habitación son aplicables las normas del depósito, por razones ya explicadas, pero es importante resaltar aquí que no ofrece duda acerca de la calificación como responsabilidad contractual por incumplimiento de un servicio adicional, pactado por la instalación del aparato en la habitación y la utilización (sin requisito alguno) por el cliente.

Finalmente, tampoco estimamos acertada la posición favorable a la responsabilidad extracontractual del hotelero cuando las cosas

se han ubicado en las habitaciones o espacios comunes del hotel, por diversas razones que se exponen detenidamente a continuación, y que adelantamos brevemente³¹. En primer lugar, la actividad hotelera en sí misma no supone prestaciones de custodia, aunque sí suponga obligación de indemnizar los daños que se produzcan en el marco de la misma, esta vez sí por la vía del artículo 1902; lo que sí origina una prestación de custodia, aunque sea complementaria o accesoria de la principal de alojamiento, es el contrato de hospedaje, mediante la integración en el mismo de obligaciones derivadas de los usos; esto explica que si bien la responsabilidad del hotelero sería de carácter extracontractual frente a cualquier tercero que sufriese daños en el establecimiento, en cambio sería contractual cuando los daños fueran sufridos por el cliente por entenderse vulnerado un deber de custodia implícito en el hospedaje, y no ya el genérico *alterum non laedere*. En segundo lugar, existiendo una relación contractual, la de hospedaje, ha de atenderse preferentemente a la distribución de riesgos y beneficios entre las partes que la misma implica, antes que a deberes generales de no dañar a terceros, para situar a cargo de cada una de las partes los daños que deban soportar. En tercer lugar, no debe olvidarse que los artículos 1783 y 1784 realizan esa asignación de riesgos y que, además, lo hacen reconduciendo a un esquema contractual, por referencia al depósito, la responsabilidad del fondista.

Entrando en los argumentos enunciados, hay que recordar que, de acuerdo con autorizadas opiniones, la responsabilidad es de carácter contractual siempre que entre las partes exista una relación contractual y el daño derive del incumplimiento de cualquiera de los deberes que derivan de ésta, sean obligaciones expresamente pactadas, sean deberes accesorios de conducta derivados de la buena fe o de los usos de los negocios³². El artículo 1258 CC ordena integrar el contenido de los contratos con las reglas que dimanen de la buena fe y de los usos, y esta norma encuentra amplio campo de aplicación en el ámbito de los contratos de hospedaje. En este sector, las obligaciones contractuales no deben quedar ceñidas a las expresamente pactadas, que se referirán principalmente al alojamiento y manutención, sino que, junto a ellas, habrá que aten-

³¹ Aunque rechaza que la responsabilidad regulada en los artículos 1783 y 1784 se base en un contrato, ni de depósito ni de hospedaje, pues encuentra su único fundamento en una obligación legal de custodia indirecta, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 500, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 337, y «Comentario...», p. 363, insiste el carácter contractual de la responsabilidad del fondista, pues es contractual al derivar del incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente (ley o contrato).

³² MIQUEL GONZÁLEZ, «Responsabilidad contractual y extracontractual...», pp. 61-64; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 265 y 268.

der a una serie de deberes complementarios, derivados principalmente de los usos, entre los que se puede encontrar una obligación de custodia de los efectos de los viajeros o un deber de ofrecer las medidas de seguridad adecuadas para evitar la sustracción de los mismos. Por tanto, la responsabilidad contractual no se limita al incumplimiento de obligaciones expresamente pactadas, ni al incumplimiento de obligaciones principales, sino que alcanza deberes integrados en el contrato por la vía del artículo 1258 CC y, por tanto, deberes complementarios de conducta³³.

Así, en el ámbito del depósito profesional se ha considerado que el depositario queda obligado a mantener las condiciones, medidas de seguridad y comportamientos que, explícita o implícitamente, puedan considerarse incluidos en la oferta, afirmación que es trasladable al hotelero, tanto cuando presta un servicio profesional de custodia, como cuando debe simplemente evitar la sustracción de las pertenencias ubicadas en las habitaciones o dependencias del hotel³⁴. Este argumento no pasa inadvertido a las Audiencias Provinciales en las sentencias citadas, aunque se inclinen finalmente por el carácter extracontractual de la responsabilidad del hotelero. En la sentencia de Santa Cruz de Tenerife se afirma que «el establecimiento hotelero de alta categoría debía ofrecer a la actora unas medidas de seguridad que no cumplió», que efectivamente el hotel contaba con medidas al objeto de garantizar la seguridad y tranquilidad de sus huéspedes, pero como no funcionaron, «situadas estas obligaciones dentro de lo pactado, pero no siendo núcleo esencial», su incumplimiento conduce a la aplicación del artículo 1903. En la sentencia de Zamora considera el tribunal que nos hallamos en el mismo caso, esto es, «con un establecimiento hotelero de gama alta y con unas medidas inadecuadas a su categoría hotelera en relación con la seguridad de los viajeros y de las cosas que pudieran portar estos y depositar en las habitaciones».

En Italia y Alemania la obligación de custodia del hotelero se dispone expresamente en el Código Civil, incluso en relación con las cosas que los clientes llevan consigo y que no entregan para su custodia particular; así, según el artículo 1783 del *Codice* y el párrafo 701 B.G.B., los hoteleros son responsables de las cosas roba-

³³ Algunas sentencias aplican el artículo 1258 CC, pero lo hacen en un sentido diferente al que aquí planteamos. Así, las SSAP de Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773) invocan los artículos 1255 y 1258, afirmando que el contrato obliga a las consecuencias que se deriven de la buena fe y del uso, no menos que de la ley, pero lo hacen en relación con el cliente y a propósito de la inobservancia del aviso del titular del establecimiento sobre su falta de responsabilidad por el dinero, joyas, etc., que se dejen en el interior de las habitaciones.

³⁴ Díez Soro, *ob. cit.*, p. 71.

das que se encontrasen en el establecimiento, pero también de las cosas que se encontrasen fuera del hotel de las que el hotelero haya asumido la custodia, durante el tiempo en que el cliente dispone del alojamiento. En España, ante la falta de norma similar en el Código, habrá que recurrir a la normativa administrativa, abundante en este ámbito, donde se impone a los establecimientos, en función de su categoría, determinadas obligaciones para garantizar la tranquilidad y bienestar de los clientes. Sabido es que el incumplimiento de las mismas sólo puede suponer la correspondiente sanción administrativa, mas no una responsabilidad frente al huésped, para lo que sería necesario que la obligación frente a la Administración pública lo fuera también frente al viajero, por entender que forma parte del contrato con éste celebrado³⁵. Pero esto es precisamente lo que ocurre en el sector hotelero, en el que de las obligaciones frente a la Administración llegan a derivar obligaciones contractuales frente al cliente, pues de las instalaciones y servicios con que los establecimientos deben contar surgen costumbres en relación con las prestaciones exigibles en el contrato de hospedaje celebrado con el huésped.

Por tanto, de la abundante reglamentación administrativa pueden derivar usos que integren el contenido del contrato con el cliente, ya que en este ámbito se suele contratar sobre la base de determinadas prestaciones presupuestas en el hotel por su categoría. Al regular la clasificación de los establecimientos hoteleros, se establecen principalmente las características físicas que cada clase y categoría debe reunir, y también se dispone, directa o indirectamente, la calidad de los servicios que deban prestarse. El huésped busca un hotel de determinado número de estrellas por presuponer en él determinado nivel de prestaciones que entran en lo que él está dispuesto a pagar a cambio, de modo que el contrato se celebra, sobre todo, en función de la categoría del hotel y sin mediar acuerdo expreso sobre las obligaciones derivadas del mismo. Así, normas pertenecientes a otro ámbito, el que relaciona al titular del establecimiento con la Administración pública para establecer la categoría del hotel, llegan a integrarse en el contrato concertado por aquél con el cliente, transformadas previamente en usos de los negocios en este sector.

³⁵ BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 619 ss., insiste en que la proliferación de legislación administrativa no ha afectado a la naturaleza del contrato de hospedaje, que sigue siendo un contrato que se enmarca en las relaciones de Derecho Privado. Coincidimos con este autor al considerar que el incumplimiento de la normativa administrativa sólo puede dar lugar a las eventuales reclamaciones, pero para que dicha normativa tenga trascendencia jurídico-privada es necesario que el tenor literal de las normas administrativas pase a formar parte del contenido de los contratos por alguna de las vías previstas en el artículo 1258 CC: la buena fe, el uso o la ley.

Los usos como fuente de obligaciones y deberes de las partes vendrán determinados, como decimos, por la categoría del hotel³⁶. Las Audiencias Provinciales citadas advertían en este sentido que de un establecimiento de gama alta es lógico esperar un adecuado nivel de seguridad. Ello, además, se presupone incluido en el precio que el cliente está dispuesto a pagar en atención a la categoría del hotel³⁷. El respeto a un adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes requiere adaptar las normas de seguridad exigibles al hotel a la contraprestación pagada por el cliente. Pero este ajuste se lleva a cabo en la formación de usos en este campo, pues la reglamentación administrativa de los establecimientos hoteleros concede mayor categoría a mayor nivel de exigencias, lo que se traduce necesariamente en las tarifas. De modo que la costumbre, en relación con los deberes de custodia exigibles al hotel, se origina en función de una clasificación administrativa, de la que también deriva el precio a pagar por la contraparte, alcanzándose el equilibrio adecuado.

Lo anterior no quiere decir que un hotel de baja categoría no responda de la pérdida de los efectos introducidos por los viajeros. El artículo 1783 regula la responsabilidad de los establecimientos hoteleros sin distinciones, de manera que según el Código Civil todos responderán por la sustracción de los objetos que se hallen en las habitaciones o dependencias del hotel. Además, la Orden Ministerial de 1968 imponía también a todos los establecimientos en general la obligación de prestar un servicio especial de custodia del dinero, alhajas u otros objetos que entreguen, bajo recibo, los clientes (art. 78. 1), lo que originará una responsabilidad del titular como depositario de los mismos. Ahora bien, afirmada la responsabilidad del titular de hotel de baja categoría, es posible que el nivel de diligencia exigible al mismo quede moldeado por las circunstancias y por los usos generados en el sector para la categoría de establecimiento en cuestión. Así, como posteriormente veremos, en los supuestos de responsabilidad objetiva, de un lado, también se tiene en cuenta el nivel de diligencia exigible en orden a determinar la esfera de riesgo en la que se responde, y en los supuestos de res-

³⁶ Así, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 71, mantiene que no serán exigibles al depositario, en principio, aquellos comportamientos que, en una valoración objetiva de las características propias de su actividad empresarial, no puedan ser esperados razonablemente por el depositante. Pone el ejemplo del depósito de un abrigo en el guardarropas de un teatro o de la maleta en la consigna de la estación, y sostiene que el cliente no podrá exigir que se haga lo necesario para evitar daños derivados, como la descarga de la tinta de una pluma.

³⁷ En la SAP de Málaga 7 de noviembre de 2001 (JUR 2001/92178), el cliente, parte actora apelante, alegaba en el recurso que «el contrato de hospedaje significa también el compromiso de otorgar al cliente una seguridad sobre sus bienes, muy digno de tener en cuenta si se atiende a la categoría del establecimiento y al precio del alojamiento».

pensabilidad por culpa, de otro, el artículo 1104 permite matizar el grado de diligencia en función de las circunstancias de las personas y del lugar.

La solución adoptada por otros países de nuestro entorno se puede considerar más precisa, segura y justa en este punto, pues al limitar la responsabilidad del titular del hotel por las cosas meramente introducidas a una cantidad a calcular sobre el precio del alojamiento por día, evita que los establecimientos más modestos sufran un gravamen excesivo y que para los más lujosos la cantidad sea irrisoria (lo que podría ocurrir si el tope se fijase en una cantidad fija, inmodificable cualesquiera que fuesen las circunstancias)³⁸. Así, según el artículo 1953.2 del Código francés, el artículo 1783 del Código italiano, y el parágrafo 702.1 del B.G.B. (aunque en éste se añaden normas adicionales más concretas), tratándose de cosas que no hayan sido depositadas en poder del hotelero, la indemnización queda limitada al equivalente de cien veces el precio del alojamiento por día. La aplicación de una regla similar a la que rige en esos otros países, calculando la cantidad a indemnizar sobre el precio diario del alojamiento, proporcionaría un criterio equitativo, que, además, es de suponer que vendría a coincidir con los usos para la categoría de establecimiento. Este límite sólo operaría, no obstante, como en los códigos europeos mencionados, para las cosas meramente introducidas en habitaciones o espacios comunes, pues es lógico que por la desaparición de las cosas especialmente depositadas la responsabilidad sea ilimitada, como lo es la del depositario en general, para la que no se fija tope; y quizá ello no sea especialmente gravoso para el empresario si se tiene en cuenta que, si se trata de establecimientos de baja categoría, en él no se introducirán cosas de gran valor por regla general, y que si no están obligados a disponer de aparcamiento, tampoco responderán por el robo del vehículo estacionado en la vía pública, como veremos en el apartado correspondiente, que sería quizá la pertenencia de mayor valor de un cliente de un hotel de gama baja. No obstante, quizá fuera conveniente adoptar una solución similar a la prevista en Italia y Alemania, donde, además de fijarse un límite cuantitativo para las cosas no entregadas en custo-

³⁸ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 526. También este autor, en «Comentario...», p. 368, considera absurdo e injusto colocar en el mismo plano a un hotelero de lujo y a un ventero de pueblo. Habrá que ver, dice, lo que era exigible, en orden a la seguridad de los clientes, de cada concreto hostelero, no pudiendo descartarse *a priori* que en el algún caso, si se quiere infrecuente, el robo a mano armada sea de alguna forma imputable a la falta de medidas adecuadas de seguridad/control exigibles de ese concreto hostelero. Del hotelero de lujo puede decirse que la diligencia exigible le impone la adopción de enérgicas medidas de seguridad y, alternativamente, que el robo a mano armada es, dentro de ciertos límites, un riesgo inherente a su negocio, no del todo extraño a él.

dia, se dispone que el hotelero está obligado a aceptar la guarda de objetos valiosos, pero puede negarse a custodiar los que tengan un valor excesivo teniendo en cuenta la importancia y condiciones de gestión del hotel (art. 1784.2 del *Codice* y parágrafo 702.3).

El otro tipo de razones a favor de la tesis de la responsabilidad contractual, se refiere a que la relación obligatoria existente entre las partes no sólo genera deberes de conducta, aplicables preferentemente a la regla *alterum non laedere*, sino que también implica una distribución de beneficios y riesgos, o un específico reparto de peligros y daños³⁹. En el contrato de hospedaje se atribuye el riesgo de sustracción al fondista porque el mismo es consustancial a la actividad que presta y porque ha de afrontar los peligros inherentes a la actividad de la que se beneficia. El sistema basado en la distribución de los riesgos opera al margen de la diligencia y presupone el incumplimiento: el daño derivado del robo de las pertenencias de los clientes se adjudica al hotelero porque implica, por sí mismo, incumplimiento de la obligación de custodia derivada del contrato de hospedaje, haya sido o no negligente⁴⁰.

³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual...», pp. 62-63, sostiene que mediante el contrato se promueve la voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que la responsabilidad extracontractual asigna riesgos de acuerdo con las valoraciones de la comunidad; «el contrato delimita un ámbito dentro del cual no sólo es una fuente de responsabilidad, sino también de no responsabilidad...»

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 264 y 266, critica el principio de la unidad de la culpa civil, pues no es igual la situación de quien ha comprometido su actividad o el resultado de la misma, y que, como consecuencia de este compromiso, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, frente a quien causa daño a otro sin previa relación jurídica, ni especial compromiso. Asimismo, opone al sistema opcional dos reparos. El primero, que cuando entre las partes existe una relación obligatoria, para establecer la culpa hay que analizar las reglas de conducta que de ella dimanar, sin buscar especiales deberes generales de comportamiento del tipo del *alterum non laedere*. El segundo, que el sistema opcional no puede funcionar en los casos en que el régimen contractual, que es el querido por las partes, contiene reglas de específica distribución de los riesgos o de los daños:

Según JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 504, desde el punto de vista de la correcta organización de la actividad empresarial deudora, se ha sostenido tradicionalmente en este ámbito una precisa conexión entre la responsabilidad de los hosteleros y la teoría del riesgo empresarial o profesional. De manera que se dice, expone JORDANO FRAGA, que del mismo modo que el hostelero ejerce una actividad empresarial o profesional en su beneficio, debe igualmente soportar los daños que derivan al cliente en el ámbito propio de la misma (*riesgo típico* profesional o empresarial de la actividad hostelera), con independencia de que exista o no culpa suya, pues el cliente debe permanecer ajeno a los riesgos típicos de tal actividad, del mismo modo que es ajeno a sus beneficios. En suma, los daños derivados en el ámbito típico de la actividad hostelera son un *riesgo* (profesional o empresarial) para su titular que él debe en todo caso soportar

⁴⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 527, explica en relación con el régimen uniforme europeo que el robo no exonera al deudor-hotelero en cuanto se considera manifestación de un defecto de organización que se califica como negligente, pero la negligencia se extrae aquí, simplemente, del hecho de haber acaecido el hurto, sin que se realice ninguna investigación sobre el comportamiento del deudor con relación al modelo de conducta diligente; de este modo, termina, el robo se presenta como un típico riesgo de la actividad del hotelero, del que éste siempre debe responder.

Esta asignación particular de riesgos puede proceder a veces de una de las partes contratantes, pues son frecuentes en el contrato de hospedaje las advertencias exoneratorias o limitativas de responsabilidad del titular del establecimiento por los efectos introducidos por los viajeros. La validez de estos avisos es cuestión que abordamos con más detenimiento más abajo, pues aunque en una primera impresión pudieran parecer abusivos, no lo son todos, y hay que recordar que tanto el artículo 1783 del Código Civil como el artículo 78.3 de la Orden Ministerial, disponen el cumplimiento de las advertencias del hotelero, que ha de avisar de que no responde de los objetos valiosos que no le sean entregados para su custodia especial, como presupuesto de su responsabilidad.

No obstante, independientemente de la validez o nulidad del régimen predisposto por el fondista, la ley diseña un específico régimen de responsabilidad de los hoteleros en los artículos 1783 y 1784, en el que atribuye el riesgo de sustracción al fondista en el marco del contrato de depósito. El Código Civil hace responsable al titular del establecimiento «como depositario», reconduciendo su responsabilidad a la contractual, y disponiendo un régimen concreto y determinado a la vista de las peculiaridades de la relación obligatoria existente entre las partes. La aplicación de este régimen legal será más adecuada que la de los artículos 1902 y siguientes. En este sentido, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634), se afirmaba «la improcedencia que supone efectuar la reclamación en base a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, por cuanto que las relaciones existentes entre las partes derivan de un contrato de hospedaje, al que son de aplicación las normas del depósito necesario a tenor de lo establecido en el artículo 1783...». Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531) se señala que los actores ejercen una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902, «pero la relación que une a las partes no es de este tipo, sino contractual, pues obedece al concierto previo de prestar alojamiento a cambio de un precio. Es decir, un contrato de hospedaje».

La responsabilidad del hotelero como depositario que establece el artículo 1783 supone dos consecuencias. La primera, incluir en el contrato de hospedaje la obligación de custodia propia del depósito. Mientras en el contrato de depósito voluntario, dicha obligación es la principal, la característica del tipo contractual, en el contrato de hospedaje sería una obligación accesorias, añadida a las principales de alojamiento y manutención. Pero su incumplimiento

origina una responsabilidad «de marcado carácter obligacional», frase reiterada en la jurisprudencia, entendiendo por responsabilidad obligacional la que surge del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato (y no de otras fuentes). El legislador ha querido que la responsabilidad del hotelero sea como depositario, y el depósito es un contrato caracterizado por una obligación de custodia, lo que se extiende al depósito necesario, por la aplicación al mismo de las normas del voluntario en virtud del artículo 1782.

La segunda consecuencia es que, ciertamente, la responsabilidad del hotelero es una responsabilidad *ex lege*, pero, como tal, es una responsabilidad contractual, puesto que la ley, aunque contenga normas especiales, la equipara a la del depositario. Podría dudarse del verdadero carácter contractual del depósito necesario, pues éste es el que no obedece a la voluntad del depositante (art. 1781 y 1763 *a contrario*). Pero, aún así, el Código Civil lo considera *depósito propiamente dicho* (rúbrica del capítulo II del Título XI del Libro IV), y al regular la *naturaleza y esencia del contrato de depósito* (rúbrica de la Sección primera) lo hace con relación también al depósito necesario (art. 1762, incluido en tales sección y capítulo)⁴¹. De modo que la responsabilidad dispuesta en los artículos 1783 y 1784 para los hoteleros *como tales depositarios* ha de entenderse de naturaleza contractual, lo que viene corroborado por la remisión contenida en el artículo 1782 a las reglas del depósito voluntario para los otros supuestos de depósito necesario.

Según el artículo 1952 del Código Civil francés, del que tomó ejemplo el español en este punto, también debe ser considerada depósito necesario la introducción de sus pertenencias por los viajeros en los establecimientos hoteleros, y los titulares de éstos responden como depositarios. Pero en esta norma, similar a la española, se introduce un matiz, que no figura en el artículo 1783 de nuestro Código, que claramente supone reconducir, por si la equiparación al depósito fuera insuficiente, la responsabilidad del hotelero al régimen de la contractual. En efecto, el artículo 1952 francés se refiere a la responsabilidad del hotelero frente al viajero *que se aloja en el establecimiento*, supuesto que es distinto al de la persona que simplemente se halla en el hotel sin alojarse en el mismo, a quien también habría que indemnizar los daños producidos por la desaparición de sus pertenencias, pero en este caso, claramente, por responsabilidad extracontractual. De igual manera, en el artículo 1783 del Código civil italiano la responsabilidad del hotelero

⁴¹ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1692, sostiene que la importancia del artículo 1781 reside en calificar el depósito necesario como un verdadero contrato de depósito, de modo que la necesidad que lo preside no excluye la autonomía de la voluntad; el depósito necesario, sigue, se halla en la frontera, pero todavía dentro, del concepto de contrato.

por las cosas que el huésped lleva consigo se reconduce al tiempo durante el cual éste dispone del alojamiento, y, junto a esto, no se alude al viajero, como de forma imprecisa hacen los códigos francés y español, sino al *cliente*, lo que evidencia que se trata de la responsabilidad exigible por la contraparte del contrato. Y, por último, el parágrafo 701 del Código alemán, además de referirse a la responsabilidad frente a los huéspedes *alojados*, alude a la sustracción de cosas introducidas en el hotel o ubicadas fuera del mismo por recomendación del hotelero o en lugares custodiados por éste.

Finalmente, atención especial, por las peculiaridades del caso, merece el supuesto de la sustracción del equipaje del viajero antes de la contratación del hospedaje, como caso en que la duda sobre la naturaleza de la responsabilidad del hotelero, contractual o extracontractual, es mayor. Nos referimos a la desaparición de las pertenencias del potencial cliente, cuando todavía está inspeccionando las instalaciones o habitaciones, o simplemente ha entrado en el hotel con ánimo de contratar sin haber pactado su hospedaje todavía. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102) consideró «evidente» la responsabilidad del titular del establecimiento por la pérdida del equipaje que el cliente dejó en el hall para subir a examinar las habitaciones. El tribunal condenó a los demandados, «ya sea por aplicación de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, como de las reglas generales de las obligaciones y contratos, por cuanto en el contexto de un servicio ofrecido por el hotel a sus clientes, como es el de guardar las maletas cuando no puede prestarse adecuadamente el concreto servicio de acompañar al cliente a las habitaciones, no se observó la diligencia debida y exigible para evitar sustracciones por parte de personas desconocidas existiendo una defectuosa vigilancia respecto del vestíbulo del hotel en el que se encontraba el equipaje del actor [...]».

Asimismo, la doctrina es partidaria de la responsabilidad del titular del establecimiento, con base fundamentalmente en que se trata de una responsabilidad inherente al desarrollo de la actividad hotelera, que abarca los actos que le preceden y que le siguen: la responsabilidad del fondista comienza desde el momento en que el cliente introduce sus efectos en el establecimiento y se prolonga todo el tiempo que permanezca en el mismo⁴².

Nosotros también pensamos que la responsabilidad del hotelero es indudable, pero por razones diferentes a la anterior. Algunos autores defienden que la responsabilidad del hotelero deriva su

⁴² ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 304-305; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 508, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 336, y «Comentario...», p. 363; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 142; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», p. 726; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 164.

obligación legal de custodiar lo que se halle en su esfera de control, y que es una responsabilidad aneja a su actividad empresarial, pero que no deriva de contrato alguno, pues éste no se habrá celebrado todavía. Nosotros preferimos entender que la responsabilidad del fondista deriva de los deberes que incumben a las partes en la fase de preparación del contrato, y que, por tanto, se halla en íntima conexión con éste. En efecto, la responsabilidad del hotelero es obvia sobre todo en los casos en que existía una reserva previa de habitación (como en el caso decidido por la Audiencia Provincial de Barcelona), supuestos de clara responsabilidad precontractual fácilmente asimilables a los de responsabilidad contractual (a efectos de determinación del régimen jurídico), pero también en los demás, por haberse vulnerado los deberes de protección que pesan sobre las partes en la etapa precontractual, generándose una *culpa in contrahendo*. En efecto, la doctrina coincide en afirmar la existencia de unos deberes de protección en la fase preparatoria del contrato, basados en la confianza y en la buena fe, que obligan a cada parte a proteger o evitar daños en la persona o bienes de la otra⁴³. Ante la falta de una disciplina normativa de la responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento, y ante la duda sobre el régimen aplicable a la misma, creemos que en este caso reconducir la responsabilidad del fondista al régimen de la responsabilidad contractual es lo más coherente. En este sentido cabe mencionar los artículos 701.2.2.º B.G.B. y 1783 del Código Civil italiano, que disponen la responsabilidad del hotelero por las cosas introducidas en el establecimiento por el cliente, respecto de las cuales aquél haya asumido un deber de custodia (aunque se trate de cosas meramente introducidas y no consignadas para su guarda) durante un período de tiempo razonable, precedente o sucesivo a aquel en que el cliente dispone del alojamiento. Según estas normas, por tanto, no es el mero desarrollo de una actividad hotelera lo que desencadena la responsabilidad, sino el hecho de haberse asumido *un deber de custodia* sobre las pertenencias del *cliente* durante *el tiempo del alojamiento y el inmediatamente anterior y posterior al mismo*, datos indicativos de una responsabilidad contractual, pues se origina por el incumplimiento de una obligación de guarda que emana del contrato de hospedaje celebrado con un cliente y se extiende a las fases pre y poscontractual. Si bien el hecho de desarrollar una actividad hotelera puede ser suficiente para la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual a los daños sufridos por

⁴³ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, p. 56; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...* p. 87 y 181 ss.; GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad precontractual», *EJB*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5959.

terceros, no es bastante para la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual diseñado por la ley, favorable al perjudicado.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA/POR CULPA. RESPONSABILIDAD AGRAVADA

Es lugar común en doctrina y jurisprudencia afirmar que la responsabilidad de los hoteleros en una responsabilidad objetiva o una responsabilidad por riesgo profesional. Así, en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), el TS sostuvo que en los artículos 1783 y 1784 CC se regulaba una responsabilidad excepcional, fundada en el riesgo profesional o de empresa, que nace desde el momento de la introducción de sus efectos en el hotel por el huésped y por ese hecho, sin necesidad de contrato de depósito ni de aceptación del fondista. En la posterior sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), el Alto Tribunal explicó la tendencia a la objetivación de esta responsabilidad en unos términos que transcribimos por ser reiterados frecuentemente en la jurisprudencia menor: «La responsabilidad civil de hoteleros y fondistas experimenta actualmente la evolución debida a los avances de la responsabilidad objetiva, reflejados en la Convención de la Comunidad Económica Europea de 17 de diciembre de 1962 y en algunos Códigos Civiles, como el alemán modificado ya por Ley de 24 de marzo de 1966 en su parágrafo 701 y siguientes, donde siguiendo el criterio de la responsabilidad por riesgo no es preciso probar ya la culpa del hotelero en la desaparición de los efectos introducidos en el hotel; pero estas tendencias no llegan a imponer a los titulares del establecimiento la responsabilidad por los daños sufridos en supuesto de fuerza mayor, al igual que ocurre en otras leyes especiales, como la de navegación aérea o energética». Las Audiencias Provinciales se hicieron eco de la doctrina contenida en ambas resoluciones del Tribunal Supremo, y suelen apreciar, con cita de las mismas, una responsabilidad por riesgo profesional o una responsabilidad objetiva del hotelero, ajena a toda idea de culpa o negligencia del mismo⁴⁴.

La misma tesis de la responsabilidad objetiva obtienen distintos autores del estudio de los artículos 1783 y 1784 CC: no es una responsabilidad subjetiva, pues el deudor no puede exonerarse pro-

⁴⁴ SSAP Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Murcia 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206), Valencia 13 diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048), Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y 10 diciembre de 2004 (AC 2004/122), Madrid 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652), Las Palmas 6 de noviembre de 2004 (JUR 2004/114817).

bando su diligencia, sino que responde aunque la circunstancia causante del daño no le sea imputable, incluso de los casos fortuitos y de los hechos de los extraños (no sólo de los de sus dependientes o auxiliares); las únicas circunstancias que eximen al hotelero de responsabilidad son muy concretas: «robo a mano armada» u «otro suceso de fuerza mayor»⁴⁵.

Aceptando que aquellos preceptos prescinden de la culpa del hotelero, cabe todavía preguntarse por el fundamento de esta responsabilidad objetiva. Éste se ha encontrado en el carácter público del establecimiento⁴⁶, y, en efecto, puede pensarse que las características propias de estos locales, abiertos a la libre afluencia de clientes (o posibles clientes, o falsos clientes), crea el peligro de sustracción de las pertenencias de los huéspedes. Dando un paso más, el carácter público del hotel justifica, en opinión de doctrina y jurisprudencia, no sólo la responsabilidad objetiva del fondista, sino también el alcance de la misma, que abarca, como han repetido constantemente los tribunales, los casos fortuitos, resultando una responsabilidad agravada en comparación con la general⁴⁷.

⁴⁵ BONET CORREA, *ob. cit.*, pp. 38-39, 41; RODRÍGUEZ BUIÁN, *ob. cit.*, pp. 149, 163; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 480, 483-484, 495, y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pp. 337-338; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 581; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1698 y 1700; Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 143; BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 628; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 721, y «El hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción», *ADC*, 2004, IV, p. 1524; BARRERA PÉREZ, «Responsabilidad de los hoteleros por los vehículos introducidos en sus establecimientos. Comentario a la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004, 1082)», *RdP*, 2005, núm. 14, p. 245; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 612 y 614; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2067.

ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 301, sostiene que la tesis de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo profesional parece perfectamente aceptable en principio, pero encuentra una dificultad: el artículo 1784 exige de responsabilidad al fondista en los casos de fuerza mayor, y ello parece mantener, por contrario sentido, el criterio de la responsabilidad por culpa, que, desde luego, excluye los sucesos de fuerza mayor; a no ser que se entienda, lo que cree difícil, que la fuerza mayor es suceso extraño o ajeno al riesgo profesional.

⁴⁶ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1698, mantiene que el carácter público del establecimiento implica una correspondiente legitimación que el mesonero otorga a los posibles causantes del daño, empleados o viajeros para situarse en el lugar que les permita causar daño a los efectos.

También se explica la responsabilidad del fondista por el carácter público del establecimiento en la SAP Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048).

⁴⁷ SSTS 11 de julio de 89 (RJ 1989/5598), 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), y SSAP Murcia 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Las Palmas 19 de noviembre de 2002 (JUR 2002/35166), Madrid, 9 de julio de 2003 (JUR 2003/22652), Granada 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122).

Califican de agravada la responsabilidad del fondista BONET CORREA, *ob. cit.*, p. 38; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 480, 483-484; PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pp. 533 y 536; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 417; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 720; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 612 y 614.

Sobre estas ideas es preciso hacer varias precisiones, que adelantamos. La primera, en la que no vamos a insistir por lo que ha quedado expuesto en las páginas anteriores, es que los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables siempre y en todo supuesto de robo de las pertenencias de los huéspedes, sino que habrá que distinguir los hechos que pueden cobijarse en el supuesto de hecho de dichas normas y los que han de reconducirse a las del contrato de depósito en general, junto con las obligaciones comprometidas en cada caso. Por tanto, no siempre se tratará de una responsabilidad objetiva y agravada, sino que en algunos casos (los de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte) puede tratarse de una responsabilidad por culpa, de menor alcance. No obstante, esta última afirmación se somete a revisión en las líneas que siguen.

En los casos en que sea aplicable el régimen legal (habitaciones y dependencias del hotel), no es una responsabilidad agravada por responder del caso fortuito, pero sí podría ser una responsabilidad agravada por otras razones. Por otra parte, en estos supuestos, aunque se hable de una responsabilidad objetiva, también influye la diligencia en la delimitación de la esfera de riesgo atribuida al profesional o empresario, a lo que se une que los tribunales aplican la culpa directamente en ocasiones.

En los casos en que es una responsabilidad subjetiva, por aplicarse el régimen general de responsabilidad, al tratarse de un depósito voluntario (cajas de seguridad), en principio el superior nivel de diligencia exigible al hotelero respecto al depositario en general conduce a similares resultados que la tesis de la responsabilidad por riesgo. Pero debe examinarse si es para estos casos, en los que puede apreciarse un contrato de depósito de determinados objetos para su custodia especial, para los que debe sugerirse la existencia de una responsabilidad agravada, y no tanto para los de sustracción de las pertenencias para las que no se ha pactado un cuidado cualificado.

Finalmente, la responsabilidad por los hechos ajenos tampoco supone una especialidad del régimen de responsabilidad del fondista, ni una agravación del mismo, principalmente por dos razones: una es que si la sustracción se produce frente a los empleados o dependientes, la responsabilidad del empresario por los hechos de éstos es la regla general en sede de responsabilidad contractual; y la otra es que el hotelero responde frente al cliente en todo caso de sustracción, aun tratándose del hecho de un extraño, porque, como veremos, no se trata de un caso fortuito, sino de la esfera de riesgo que le corresponde como empresario o profesional de este sector.

1. SUSTRACCIÓN DE EFECTOS EN LAS HABITACIONES O DEPENDENCIAS DEL HOTEL: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784

La regla del artículo 1784, disponiendo la extensión de la responsabilidad del fondista a los casos fortuitos, pues responde incluso por los hechos de extraños, y sólo queda exonerado en casos de fuerza mayor, supone, para doctrina y jurisprudencia, como se adelantó, una responsabilidad objetiva y agravada para el hotelero.

1.1 La responsabilidad «agravada» del fondista: posible fundamento de esta consideración

Aunque la tesis de la responsabilidad agravada del hotelero se halle muy extendida, pensamos que el fundamento y consiguiente disciplina de los artículos 1783 y 1784 conducen a distinta conclusión: no se trata de una responsabilidad agravada para el fondista porque comprenda los casos fortuitos, sino que se trata, sin más, de la responsabilidad que le corresponde por los riesgos que se asignan a su actividad empresarial. Lo que en otros ámbitos podría constituir caso fortuito, el robo, en el sector hotelero no lo es, y, por tanto, la atribución de estos daños al fondista no supone agravar su responsabilidad, sino simplemente disponer la que le corresponde. El legislador ha distribuido los riesgos para las partes en este ámbito, asignando casi todos ellos al titular del hotel y atribuyendo al cliente sólo el derivado de robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor.

Las características del tipo de establecimiento y de actividad empresarial fundamentan el régimen contenido en los artículos 1783 y 1784, y explican que no pueda considerarse caso fortuito el hecho de un tercero: el peligro de actuación de terceros en el local, sustrayendo los efectos de los viajeros, entra de lleno en el ámbito del riesgo atribuido al hotelero y en la esfera de control por la cual éste responde, de acuerdo con una distribución de los posibles daños⁴⁸. De modo que no se trata de que el titular del estableci-

⁴⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 590, 604, explica que las características de la empresa o del establecimiento del deudor, junto con el tipo de diligencia exigible a un profesional o empresario, pueden impedir que sea considerado caso fortuito en todo caso el hecho del tercero; en relación con el artículo 1784 en concreto, considera que los casos comprendidos en él no merecen la consideración de estrictos casos fortuitos, en la medida en que entrañan supuestos colocados bajo el control de quien, por hipótesis, es un empresario. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 513, también afirma que en el artículo 1784 se niega virtualidad liberatoria a las sustracciones de menor gravedad porque se consideran como un riesgo típico de la actividad hostelera, con lo que su producción,

miento responda por el caso fortuito, mas no por la fuerza mayor, como tradicionalmente se viene explicando, sino que responde en todo caso, salvo algunos supuestos especialmente graves que el Código considera fuerza mayor, atribuidos al viajero. Sólo se considera caso fortuito o fuerza mayor, como se prefiera⁴⁹, el robo a mano armada, pero no el hurto o robo sin más, por ser hechos comprendidos en el riesgo cubierto por la responsabilidad del fondista.

De acuerdo con lo anterior, la tradicional concepción jurisprudencial de la responsabilidad del hotelero como responsabilidad agravada requiere algunas precisiones⁵⁰. No es una responsabilidad agravada, como han sostenido numerosas resoluciones judiciales, por el dato de comprender el caso fortuito, pues la actuación de terceros no lo es en este ámbito. En ese sentido, es la misma responsabilidad que puede originarse en la generalidad de los casos, que sólo se excluye en los supuestos de lo que en cada ámbito pueda reputarse caso fortuito (o fuerza mayor). El hotelero responde, como todo deudor, salvo supuestos especialmente graves. Pero sí podría considerarse, en cambio, una responsabilidad agravada en otros dos sentidos diferentes.

Ciertamente, en principio parece que el régimen dispuesto en los artículos 1783 y 1784 origina una responsabilidad para el hotelero de mayor alcance que la que corresponde al deudor en general, de modo que en los casos en que resulten aplicables dichos preceptos puede resultar acertado entender que la del fondista es una responsabilidad agravada. Ahora bien, no lo es en el sentido en que se

lejos de ser un evento liberatorio, supone la verificación del presupuesto de la responsabilidad asentada sobre aquél.

⁴⁹ Ya se sabe que doctrina y jurisprudencia suelen presentar al artículo 1784 como ejemplo de una excepción a la regla de equiparación entre el caso fortuito y la fuerza mayor: el hotelero responde por el primero, pero no por el segundo. Pero, como se ha explicado, la sustracción por terceros de los efectos de los viajeros no puede considerarse caso fortuito en el sector hotelero. Por tanto, una de dos: si en el artículo 1784 no es caso fortuito lo que en teoría lo sería, la actuación de terceros, sí lo será el robo a mano armada u otros sucesos especialmente graves, de modo que sigue siendo confusa la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, y aunque dicha norma utiliza la segunda expresión, podría haber utilizado la primera. La otra posibilidad es pensar, por el contrario, que el artículo 1784 es una muestra de la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, liberando al fondista de responsabilidad sólo esta última. Nosotros nos inclinamos por la primera alternativa, pues el tipo de actividad a que se destina el establecimiento, permisiva de la entrada y salida de personas sin control o exigencia de identificación alguna, explica la responsabilidad por riesgo del profesional, y que en este ámbito no pueda considerarse caso fortuito la sustracción por terceros ajenos a la relación contractual, lo que en los supuestos generales lo sería, de modo que sólo cabe una única causa de exoneración de responsabilidad, llámese caso fortuito, llámese fuerza mayor. Ésta se referirá a los supuestos especialmente graves, como los tradicionales de terremotos, inundaciones, etc., y respecto al robo, sólo a aquel que se lleve a cabo en circunstancias extremas como la de ser «a mano armada».

⁵⁰ Díez Soto, *El depósito profesional*, pp. 145-146, 202-207, se plantea en qué medida los artículos 1783 y 1784 contienen un régimen especial o, por el contrario, sus normas no son sustancialmente diferentes de las generales sobre responsabilidad contractual.

entiende usualmente, como se acaba de explicar, sino en otros distintos.

Por un lado, podría considerarse una responsabilidad agravada en cuanto responsabilidad objetiva, puesto que, si no concurre una causa exoneratoria, el hotelero responde sin que quepa prueba alguna de su diligencia. Entendida así, sí puede afirmarse que la responsabilidad de este profesional es de mayor alcance que la del deudor en general, porque mientras el fondista sólo queda exonerado probando fuerza mayor (y una fuerza mayor que no comprende todo robo), otro deudor puede acreditar, además de eso, que no fue negligente en el cumplimiento. No obstante, las consideraciones que expondremos en el apartado siguiente en relación con los objetos entregados para su custodia, vendrán a desmentir también la caracterización de la responsabilidad consagrada en los artículos 1783 y 1784 como responsabilidad agravada. Y conviene advertir que la admisión de la prueba de la diligencia del deudor implica asumir una línea subjetivista para nuestro sistema de responsabilidad contractual, que es discutible para algunos autores⁵¹. Sin entrar en esta disquisición doctrinal, de mayor calado que las pretensiones de este trabajo, pensamos que es oportuno partir de un sistema basado en la culpa para examinar la responsabilidad del hotelero, porque parece que es el punto de vista adoptado por la jurisprudencia en este tema: se suele resaltar que la responsabilidad del fondista es objetiva y excepcional, lo que significa contraponerla a la del deudor en general, que sería, por tanto, subjetiva; es más, en las sentencias en que se aplican las normas del depósito voluntario, los artículos 1766 y 1769 en relación con los artículos 1102 y 1104 CC, el tribunal explica que se trata de una responsabilidad por dolo o culpa del depositario⁵².

Por otro lado, puede sostenerse que es una responsabilidad agravada, en comparación con la del deudor en general, porque la fuerza mayor que exonera de responsabilidad al fondista queda restringida en el artículo 1784 al robo «a mano armada», y no cabe en la misma cualquier robo o hurto. Esta limitación obedece precisamente a esa idea del riesgo profesional que explica también que no sea caso fortuito en este sector la sustracción de objetos de los viajeros, habida cuenta del carácter público del establecimiento y de las características de la empresa. Pero cabe preguntarse por qué es el dato de la utilización de armas el que permite considerar fuerza

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 573 ss; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, III, pp. 1056 ss.

⁵² STS 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569) y SAP Granada 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122).

mayor al suceso, y, por tanto, eximir de responsabilidad al hotelero. ¿Es que el hecho de ir armado el delincuente no entra en el ámbito del riesgo profesional por el que el fondista responde? Si es así, como parece ser a la vista del tenor literal del precepto, los titulares de establecimientos hoteleros estarán deseosos de que sus ladrones utilicen armas. En suma, nos parece algo arbitrario reducir al dato de la utilización de armas la causa exoneratoria de responsabilidad, pues tan ajeno, o tan ligado a la actividad hotelera, es el robo con armas como sin ellas⁵³. Si, la concepción objetiva de la responsabilidad del fondista, trata de circunscribir ésta al círculo de su empresa, excluyéndola para lo ajeno a ella, no entendemos que sea el dato de ir armado el delincuente lo que convierte el robo en suceso extraño a la empresa. Parece, pues, que el legislador trata de ceñir la exención de responsabilidad del fondista a los supuestos más graves, asimilando el robo a mano armada a las catástrofes naturales.

Por otra parte, de la previsión de esta causa exoneratoria surgen algunos problemas de delimitación, pues queda en la incertidumbre si lo que libera al fondista es sólo el hecho de que el delincuente utilice las armas en la comisión del delito, o también el hecho de que las lleve consigo aunque no se vea en la necesidad de utilizarlas. Creemos que la primera alternativa es más coherente con la finalidad de la norma⁵⁴, que se orienta a ampliar la responsabilidad del hotelero con la consiguiente restricción de causas eximentes. De otro modo, si el dato de portar armas exonerara de responsabilidad, no tendría sentido la inclusión de los hechos de extraños en el ámbito de su responsabilidad, pues es frecuente que los ladro-

⁵³ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 368, plantea que el hotelero se preguntará para qué invertir en medidas contra el robo a mano armada si no responderá cuando se produzca; si, dice este autor, da lo mismo adoptar medidas frente al robo a mano armada que dejar de hacerlo, ¿no es esto una tácita invitación a que dichas medidas no se adopten en ningún caso? Por eso, concluye, para su virtualidad exoneratoria también el robo a mano armada ha de ser efectivamente fuerza mayor: normalmente lo es (de ahí su tipificación legislativa), pero perderá esa virtualidad exoneratoria si excepcionalmente es imputable a la falta de previsión/medidas de seguridad exigibles del hotelero.

⁵⁴ Así, en la STS 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696) se entendió que concurría la causa exoneratoria de responsabilidad prevista en el artículo 1784, al constar que unos individuos armados con pistola y escopeta intimidaron a los dos vigilantes del hotel, violentaron las cajas de seguridad y abrieron con las llaves de la empresa la caja que contenía el depósito de las demandantes. A la misma conclusión se llegó en la SAP Madrid 9 de junio de 2002 (JUR 2003/22652), pues cuando los demandantes se hallaban en el pasillo para entrar a su habitación, se les acercaron dos individuos, armados con sendas navajas de grandes dimensiones, con las que les amenazaron e intimidaron para que entraran, les ataron y les robaron los efectos introducidos en su habitación. Por el contrario, en la SAP Las Palmas 19 de noviembre de 2002 (JUR 2002/35166), se consideró, con cita de la mencionada sentencia del TS, que no existía fuerza mayor, pues el suceso se dio en una habitación de hotel cuyas puertas y ventanas aparecían abiertas y la caja de caudales desaparecida.

nes las lleven y también es normal que no las utilicen, ya que generalmente los delitos se cometen estando vacías las habitaciones.

En fin, como responsabilidad objetiva, basada en un reparto de los riesgos entre las partes, sin cabida a prueba alguna de la diligencia, sí podría considerarse en principio (pues las consideraciones contenidas en el apartado 2) vendrán a desmentir esta afirmación) la responsabilidad que establece el Código Civil para el hotelero de mayor alcance que la exigible en términos generales. El daño derivado del robo o hurto se atribuye al fondista, sea o no diligente, y sólo el producido por un robo a mano armada corresponde al cliente. En principio, es un reparto de peligros que se corresponde con el carácter oneroso del contrato y con la idea de que el mismo se celebra en beneficio de ambas partes⁵⁵. El sistema, basado en el riesgo profesional y en una distribución de los posibles daños inherentes al tipo de actividad y de establecimiento, conduce a un ensanchamiento del nexo causal y a entender incluidos en la responsabilidad del fondista algunos supuestos, los de la actuación de un tercero, que rompen la relación de causalidad en la generalidad de los casos.

Lo que ocurre es que la pretendida responsabilidad objetiva, basada en una asignación de riesgos, aparece después teñida de elementos de corte subjetivo, pues se considera que el robo de las pertenencias de los clientes corresponde al círculo industrial que domina el hotelero por la mayor diligencia exigible al empresario. Los tribunales suelen definir la esfera de riesgo asignada al empresario en términos de evitabilidad y previsibilidad, de acuerdo con una diligencia superior a la del deudor en general. Pero veámoslo más despacio.

1.2 La responsabilidad objetiva del fondista. Influencia de la culpa en la delimitación de su responsabilidad

Cuando los hechos puedan subsumirse en el supuesto de los artículos 1783 y 1784, el hotelero responde objetivamente, según la tesis mayoritaria. Ahora bien, no es del todo cierto que se prescindiera absolutamente de la culpa del fondista al disponer su responsabilidad, pues el nivel de diligencia exigible al mismo influye en la previa delimitación de su esfera de riesgo.

De modo que puede afirmarse que es una responsabilidad ajena a la idea de culpa en cuanto basada en una asignación de riesgos al

⁵⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 580, explica, a propósito de la tendencia a la objetivación de la responsabilidad contractual, que el grado de responsabilidad coincide en alguna medida con el de distribución de los beneficios y de las cargas derivadas del contrato, que eran distintas según se tratara de un contrato establecido en ventaja exclusiva del acreedor, en ventaja conjunta del acreedor y deudor, o en ventaja exclusiva del deudor.

hotelero, pero la diligencia exigible al mismo influye en la previa determinación por la jurisprudencia de los que se le atribuyen. Así pues, producido el daño en su ámbito de control, responde sin que proceda entrar a analizar su diligencia o negligencia, pero dicho ámbito ha quedado definido por los tribunales por la diligencia que le es exigible como empresario. La delimitación de la esfera de riesgo en la que responde se ha realizado ampliamente, porque su condición de profesional aumenta el nivel de lo previsible y evitable por él.

En este sentido, la jurisprudencia entiende que los artículos 1783 y 1784 prescinden de la culpa, pero, contradiciendo este punto de partida, no valora la fuerza mayor exoneratoria en términos objetivos, en conexión con la ruptura del nexo causal, como correspondería de acuerdo con esa premisa, sino con criterios de corte subjetivo, como la previsibilidad o evitabilidad, consideradas, además, de acuerdo con la mayor diligencia exigible al empresario o profesional. Sirvan como ejemplo las siguientes sentencias. La del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), aunque en principio alude a la fuerza mayor como «hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa y que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación», termina afirmando que el robo a mano armada producido en el caso lo es, pues es un «hecho frente al cual no pudieron reaccionar los empleados de la empresa por ser imprevisto y a la sazón inevitable». En la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569) el Tribunal Supremo entendió, y esta argumentación se repite en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 diciembre de 2004 (AC 2004/122), que los hechos «surgieron dentro del círculo industrial que dominan y sin exceder visiblemente de los accidentes propios del curso normal de la vida, tratándose de un hecho frente al que con una mayor diligencia pudieron muy bien reaccionar los implicados...»⁵⁶. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) define el caso fortuito y la fuerza mayor en términos de previsibilidad y evitabilidad.

Así pues, en principio la sustracción de los efectos de los viajeros por terceros entra en el «círculo industrial que domina» el hotelero, y el robo se considera accidente propio del curso normal de la vida. Esta intervención de un tercero no es caso fortuito para el fondista, porque es un riesgo propio de su actividad empresarial. Pero después se considera riesgo propio del sector porque en el

⁵⁶ Aunque la doctrina transcrita se refiere expresamente al artículo 1784 CC, hay que tener en cuenta que en el caso se trataba de la introducción de objetos en la caja fuerte central del hotel, y que el Tribunal Supremo opera en principio con las normas del depósito voluntario. Lo mismo ocurre en la SAP citada, en la que se resuelve un supuesto de entrega de equipaje en la recepción del hotel.

mismo los robos son previsibles y evitables. En suma, se trata de un ámbito de control definido por una ampliación de la diligencia exigible. La pretendida responsabilidad por riesgo, a la que suelen apelar casi todas las sentencias, aparece también teñida de valoraciones subjetivas, y la relación de causalidad queda mediatizada o influida por el superior nivel de diligencia, la correspondiente a un profesional o empresario, exigible al hotelero

Finalmente, también hay que hacer notar que la tesis mayoritaria a favor de la responsabilidad por riesgo profesional no ha impedido la existencia de resoluciones judiciales apreciando la culpa del hotelero. La contradicción parece llegar al máximo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), en la que el tribunal comienza afirmando la «responsabilidad objetiva ajena a toda idea de culpa o negligencia en los fondistas o mesoneros por la sustracción de los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos», pero después se afana en afirmar que en el caso era una responsabilidad por culpa. Se trataba de la sustracción de los objetos que el huésped tenía en su habitación, tras haber avisado los dependientes al titular del establecimiento de la desaparición de duplicado de la llave de dicha habitación. A la vista de este hecho, según la Audiencia, dado lo perentorio del riesgo creado por el mismo, el hotelero venía obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar el robo. Al no haberlo hecho, incurrió en negligencia sancionable con el importe del valor de los efectos sustraídos, «con lo que ya no estamos en el supuesto de una responsabilidad objetivada, sino en otra derivada del propio régimen de la culpa contractual», termina la sentencia. Esta resolución no es errónea en el sentido de basar en la culpa la responsabilidad del hotelero, pues predicar una responsabilidad objetiva en algunos supuestos no excluye una reclamación sobre la negligencia del responsable, si así quiere plantearse por el demandante. Pero sí es llamativa, porque parece que lo que quiere el tribunal es recurrir a la culpa para agravar la responsabilidad del titular del establecimiento, pero, aun siendo ese su objetivo, llega al mismo resultado que obtendría prescindiendo de aquella culpa: obligación de indemnizar el valor de los efectos sustraídos. Al tribunal le parece especialmente grave que el hotelero no adoptara ninguna precaución tras el aviso de la desaparición del duplicado de la llave de la habitación en cuestión, mas no extrae ninguna consecuencia añadida de esta circunstancia.

En alguna sentencia, obviando afirmaciones genéricas sobre el carácter de la responsabilidad del hotelero, se afirma directamente su culpa o negligencia en el incumplimiento. Así, en la sentencia

de la Audiencia de Baleares de 4 de diciembre de 2004 (JUR 2004/77789), respecto del hecho dañoso, el robo de una moto en el garaje del hotel, se sostiene que la «causa es imputable a la demandada, al no adoptar las cautelas oportunas en orden a la debida guarda y vigilancia de los vehículos de sus clientes –mantenimiento de la puerta debidamente cerrada y vigilancia adecuada–». En otras resoluciones la culpa del titular del establecimiento aparece combinada con la del cliente, pues la negligencia de este último también es valorada. De este modo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) se estimó oportuno rebajar la indemnización reclamada a la mitad, pues existía culpa del hotelero, «por cuanto en el contexto de un servicio ofrecido por el hotel a sus clientes, como es el de guardar las maletas cuando ya han abandonado las habitaciones en un trastero destinado al efecto, no tuvieron las debidas diligencias para evitar sustracciones por parte de personas desconocidas con una defectuosa vigilancia respecto de maletas o con un descontrol respecto de algún modo de determinación de quien es su titular», pero también se estima negligencia en la demandante, ya que debió advertir que en la bolsa en cuestión, cuyo uso normal es guardar cosméticos, se hallaban joyas de valor considerable, para que la guardaran en lugar más adecuado, como la caja fuerte del hotel, en lugar del trastero de recepción destinado a guardar maletas. Asimismo, la sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434) considera menor la indemnización a recibir por el cliente porque existía concurrencia de culpas, y, por tanto, compensación de las mismas, habida cuenta de que no habían funcionado las medidas de seguridad del hotel, pero el huésped podía haber utilizado las cajas de seguridad hasta el momento mismo de la partida, en lugar de dejar las maletas preparadas en la habitación, conteniendo las joyas cuyo valor se reclama. Por último, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), aunque finalmente no se tiene en cuenta la negligencia del cliente por no haber sido acreditada debidamente por el hotelero demandado, resultando éste condenado, sí se discutió la posibilidad de que la sustracción del coche estacionado en el garaje del hotel se hubiera producido por la propia culpa del viajero: el hotelero demandado alegó, entre otras cosas, el sistema de llave magnética con código individualizado y el registro informático en el ordenador central de la última llave que abre cada puerta, de lo que deducía el descuido o negligencia del propio demandante por pérdida, sustracción o entrega de la tarjeta de apertura a otra per-

sona; la Audiencia entendió que estos argumentos no habían quedado acreditados, pues el titular del hotel no presentó dicho soporte informático, a lo que se une que el sistema del código por cliente no garantiza una seguridad absoluta, ni que el hotel no pueda tener empleados desleales (los de recepción o limpieza, que tienen una llave maestra) que aprovechen la situación.

Finalmente, conviene advertir que la culpa del hotelero también se tiene en cuenta en otros Derechos europeos en los supuestos de responsabilidad objetiva, incluso para aquellos casos en que la responsabilidad del empresario es limitada. Así ocurre en los Códigos alemán (art. 702. 2), francés (art. 1953. 3) e italiano (art. 1785 bis), donde se fija un tope a la cantidad a indemnizar por el fondista por la sustracción de cosas introducidas en el hotel (y no depositadas para su custodia), pero se añade que este límite cuantitativo no ha de aplicarse cuando ha intervenido culpa del hotelero, de algún miembro de su familia o de sus auxiliares.

2. SUSTRACCIÓN DE EFECTOS DEPOSITADOS EN CAJAS FUERTES: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL GENERAL. POSIBLE RESPONSABILIDAD AGRAVADA DEL HOTELERO. ESPECIAL REFERENCIA A LA UTILIZACIÓN DE LA CAJA INDIVIDUAL DE LA HABITACIÓN

Como se ha explicado, los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables a todo supuesto de sustracción de los objetos de los viajeros, de modo que la responsabilidad del hotelero sería la especial agravada que disponen estos preceptos en los casos en que los mismos sean aplicables, pero no en todos. Así, cuando se considere más acertado apreciar un contrato de depósito voluntario serán de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad contractual, y, por consiguiente, volverá a ser admisible la prueba de la diligencia: por un lado, el artículo 1766 remite a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, donde se contiene, entre otras reglas, la presunción de culpa del deudor en nuestro sistema de responsabilidad contractual (art. 1183); y, por otro lado, el artículo 1769. 2 contiene una presunción de culpa del depositario, todo lo cual implica una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al deudor la de su diligencia en el cumplimiento de la obligación.

Un ejemplo de responsabilidad basada en la culpa puede hallarse en la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), en la que el Tribunal Supremo aplicó los artículos 1766 y 1769 a un caso de entrega de dinero y joyas para su guarda en la caja fuerte del esta-

blecimiento, e imputó la responsabilidad por su pérdida al titular del establecimiento hotelero con base en la presunción de culpa del depositario contenida en el párrafo segundo del artículo 1769. El Tribunal Supremo explica que al depósito de cosa cerrada y sellada sólo se refiere el primer párrafo del artículo 1769, de manera que la presunción de culpa del depositario establecida en el párrafo segundo, así como la presunción de verdad de la declaración del depositante en cuanto al valor de lo depositado dispuesta en el párrafo tercero, son aplicables a todo depósito. La misma doctrina se puede encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168).

Por tanto, de acuerdo con el artículo 1769, así como con las normas generales sobre responsabilidad, aplicables por la remisión contenida en el artículo 1766, el depositario puede exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones de guarda y restitución cuando no concurra culpa por su parte; incluso cuando haya acaecido alguna circunstancia que haya impedido el cumplimiento (caso fortuito), es necesario que la falta de realización de la prestación no le sea imputable, por ser aquél evento imprevisible o inevitable. El Tribunal Supremo resolvió así, en la sentencia de 1994 arriba citada, apreciando una custodia negligente de los objetos depositados, con base en los artículos 1766 y 1769, en relación con los artículos 1102 y 1104, normativa que regula «una evidente responsabilidad por dolo o culpa del depositario», que habrá de regularse, según el Alto Tribunal, por los preceptos de las obligaciones en general, entre los que se hallan los artículos 1255, 1256, 1258, 1101 y 1104. Doctrina ésta que se repite en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122), en relación con la pérdida del equipaje entregado en recepción y probablemente desaparecido por su introducción en un autobús erróneamente.

Como ya advertimos en otro lugar, este planteamiento supone adoptar la línea subjetivista tradicional a propósito de la responsabilidad contractual, puesta en tela de juicio por importantes autores que se centran en el hecho del incumplimiento. Acoger en este trabajo la perspectiva de la responsabilidad por culpa no significa compartirla o prejuzgar el sistema de responsabilidad contractual, pues sólo se trata de partir de la posición de la jurisprudencia en el tema de la responsabilidad de los hoteleros, para el que claramente los tribunales contraponen la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa. Siendo esto así, resulta preciso recordar el nivel de diligencia exigible al hotelero. Para el depositario en general, la diligencia exigible es la correspondiente a un buen padre de fami-

lia (art. 1104.2), pero para el depositario que presta el servicio como profesional aumenta el nivel de diligencia exigible, que ha de ser la correspondiente a un buen profesional del ramo (art. 1104.1)⁵⁷.

El hotelero que presta un servicio especial de custodia ofrece una prestación similar a la de un profesional, pues dispone a favor de los clientes una actividad cualificada respecto al deber accesorio de conducta existente en relación con la mera introducción del equipaje en el hotel. Si ya en este último supuesto responde, por el hecho de ser un empresario, por los eventos acaecidos en su esfera de control como tal, en los casos en que ofrece un servicio específico para tratar de evitar la pérdida, habrá de responder en la misma forma que si de un depósito profesional se tratara. Es obvio que el hotelero en general no es un depositario profesional, pero sí puede ser considerado así cuando se trata de la prestación específica de custodia de los objetos entregados por los viajeros. Si bien en el caso de la mera introducción de sus pertenencias por los huéspedes sólo puede hablarse de una obligación de custodia accesorio, cuando se trata de la entrega para su guarda en cajas fuertes la obligación de custodia se convierte en principal.

No obstante, si todavía se quisiera matizar y marcar las diferencias entre un profesional del ramo y el fondista, aún así habría que admitir el mayor nivel de diligencia exigible en cuanto servicio especial remunerado⁵⁸. Si el establecimiento, como es normal, repercute la prestación de este servicio en el precio global, o lo cobra de forma individualizada, es consecuencia lógica que responda en mayor medida que si de un servicio gratuito se tratara⁵⁹.

⁵⁷ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 202-207, 209; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 109-117.

⁵⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 11, apunta que así como todo depósito profesional es remunerado, ya sea directamente como contrato principal, o indirectamente como prestación accesorio a otro contrato principal de carácter oneroso, en el que se inserta, no todo depósito remunerado es realizado por un profesional, por lo que es preciso distinguir ambas figuras.

De acuerdo con esta autora, puede que en el caso del hotelero estemos ante un depósito remunerado no prestado, sin embargo, por un profesional. Pero nos parece conveniente equiparar el fondista al depositario profesional con el fin de diferenciar las diversas prestaciones comprometidas, y afirmar que así como en el caso de habitaciones o espacios comunes del hotel es una responsabilidad por riesgo, basada en el incumplimiento (que se da por supuesto) de un deber accesorio (complementario de las prestaciones principales) de conducta, en el caso de la entrega para la guarda en caja fuerte, sin embargo, es una responsabilidad originada por el incumplimiento de una obligación de custodia, específica y de mayor alcance.

⁵⁹ La SAP de Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365) rechaza que en el caso nos hallemos ante una responsabilidad objetivada, pues se trataba de una responsabilidad basada en la culpa, «máxime si de un depósito retribuido se trata, porque en tal caso, como es sabido, la responsabilidad del depositario se agrava». No obstante, esta doctrina, aunque acertada en líneas generales, no lo era para los hechos que se enjuiciaban, que consistían en la mera sustracción del equipaje introducido en la habitación. Lo que ocurría, en realidad, es que al Tribunal le parecía especialmente grave que el establecimiento no adoptase ninguna medida tras haber recibido el aviso de que había desaparecido el duplicado de la llave

El cobro, directo o indirecto ⁶⁰, de la cualificada actividad de guarda supone una agravación de la responsabilidad del hotelero que la presta. De todos es conocido que el carácter gratuito o remunerado del depósito ha sido tradicionalmente uno de los factores determinantes del nivel de responsabilidad del depositario ⁶¹. En fin, como sostiene Díez Soto, se puede acomodar el régimen de responsabilidad del depositario a los caracteres del depósito: según este autor, el Código Civil configura un régimen general de responsabilidad que, por su flexibilidad, resulta especialmente adecuado para un tipo contractual que puede presentarse como oneroso o gratuito (art. 1103); el artículo 1104, sigue Díez Soto, ofrece el mecanismo adecuado para determinar el nivel de diligencia exigible al depositario en función de su propio interés en el contrato y de su eventual profesionalidad ⁶².

Al comienzo de este trabajo señalábamos que no parecía muy razonable que la responsabilidad del hotelero fuera mayor por los efectos de poco valor del huésped, el equipaje meramente introducido en el hotel, respecto del que no ha adoptado ninguna precaución especial, que por las pertenencias de mayor valor, las particularmente depositadas en cajas fuertes, acerca de las cuales, por tanto, se ha pactado un cuidado especial. A simple vista, si por los primeros responde de forma objetiva, esto es, siempre que no concurra la reducida fuerza mayor prevista en las normas legales, y por los segundos sólo cuando hay culpa, la consecuencia es que, efectivamente, precisamente cuando se trata de las cosas más valiosas respecto de las que se ha pactado, además, una custodia particular, el fondista responde en menor medida. De ahí la tesis, doctrinal y jurisprudencial, de la responsabilidad agravada del fondista en los artículos 1783 y 1784 (aunque exista la confusión que se ha explicado en torno al supuesto de hecho de estos preceptos). Y es que, efectivamente, cuando se han entregado las cosas para su guarda

de dicha habitación, y trataba, en consecuencia, de imponer la responsabilidad del titular del hotel con toda clase de argumentos.

⁶⁰ Díez Soto, *ob. cit.*, p. 31, considera que el depósito se presta especialmente a aparecer como contrato auxiliar en el ámbito de otras operaciones realizadas por empresas y profesionales. Estos depósitos asumen con frecuencia una configuración gratuita, que no responde, sin embargo, a un ánimo de liberalidad, ya que la prestación del servicio de custodia no es desinteresada, sino que forma parte de la oferta global del empresario, a quien reporta un beneficio indirecto; y no sólo en términos de publicidad, captación de clientela, etc., sino también en el sentido de que los costes derivados de él repercutirán normalmente en el precio de los servicios ofrecidos con carácter principal.

⁶¹ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 18-32, explica como, desde el Derecho romano hasta el Código Civil actual, la existencia de una retribución ha influido en el régimen de responsabilidad del depositario. Así, si en el que se hacía gratuitamente por razones de amistad sólo cabía una responsabilidad por dolo, cuando respondía a un intercambio económico, sin embargo, la responsabilidad se extendió a la culpa.

⁶² Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 30, 204-205.

cabría la prueba de la diligencia para liberarse de responsabilidad, lo que no sería posible si las cosas se hallan simplemente en habitaciones o espacios comunes y el fondista responde del riesgo de sustracción.

Ahora bien, esta contradicción desaparecería entendiendo que en los casos de depósito voluntario la responsabilidad se origina de acuerdo con el superior nivel de diligencia correspondiente al depositario profesional o al depósito retribuido. Hay que tener en cuenta que el aumento del cuidado exigible, reduce, consiguientemente, la operatividad de la prueba de la diligencia. Y tampoco se puede olvidar que, tratándose de un depósito profesional, el caso fortuito o la fuerza mayor vienen delimitados por ese elevado nivel de diligencia exigible, que viene a ampliar la esfera de control en la que algunos eventos dejan de ser imprevisibles o inevitables, por no considerarse ajenos a la actividad empresarial⁶³. En el ámbito de la responsabilidad del profesional que presta un servicio de depósito, las causas exoneratorias quedan delimitadas por exclusión respecto al «círculo que domina».

Estos argumentos nos permiten salvar el resultado injusto que se produce de entender que por las cosas meramente introducidas el hotelero responde en todo caso (salvo caso fortuito), mientras que por las cosas entregadas en custodia el fondista puede liberarse probando su diligencia en el cumplimiento. Con todo, nos conduce a una conclusión poco satisfactoria, pues parece que la responsabilidad del titular del establecimiento sería igual en todo caso. Ciertamente, en los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo, ésta se origina siempre que no concurra un caso fortuito, que ha quedado definido por la diligencia exigible de acuerdo con la condición de empresario o profesional del hotelero, como vimos más arriba. Y en los casos de depósito voluntario de ciertos objetos para su custodia, la exigencia de una diligencia superior a la del deudor en general, habida cuenta también de la condición de profesional o empresario, reduce considerablemente la admisibilidad de la prueba de la diligencia. Por eso, tiene razón Díez Soto cuando afirma que lo decisivo es que al depositario profesional le es exigible un nivel de diligencia especialmente cualificado en el cumplimiento de su obligación de custodia, y apunta la posibilidad de que por la vía de la elevación del nivel de diligencia exigible llegue a configurarse en la práctica un sistema de responsabilidad fundado en el riesgo de empresa. Tan es así, piensa este autor, que la presencia

⁶³ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 119-146, donde, a propósito del caso fortuito, explica la responsabilidad por riesgo del depositario, y la delimitación de su esfera de control.

del artículo 1104 viene a hacer prácticamente innecesario el recurso, en los casos de depósito profesional, a los criterios de responsabilidad establecidos en los artículos 1783 y 1784⁶⁴.

De manera que parece acertada la tesis de algunos autores, cuando entienden que la del hotelero no es una responsabilidad agravada respecto a la general del deudor, sino que es esta misma⁶⁵. Díez Soto insiste en la elevación del nivel de diligencia exigible al depositario profesional, en comparación con la que corresponde al depositario en general, para llegar a la conclusión de que mediante la exigencia de una diligencia cualificada puede llegarse al mismo resultado que a través de una responsabilidad objetiva: el depositario sólo puede liberarse de responsabilidad cuando pruebe que el incumplimiento de su obligación fue debido a causas ajenas al ámbito de su actividad empresarial. Para este autor, el ejercicio profesional de actividades relacionadas con la custodia directa determina la sujeción del empresario deudor a un régimen de responsabilidad agravado, ya sea por aplicación de los artículos 1783 y 1784, ya sea por aplicación de las normas generales de responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de la propia actividad profesional, llegándose por ambos caminos a una responsabilidad por riesgo profesional.

Martín Santisteban, en cambio, considera innecesario elevar la diligencia exigible al hotelero y recurrir a la culpa para fundamentar la responsabilidad de éste; a su juicio, el hotelero responde de los daños que ocurran en su esfera de actividad, tanto si recurrimos a los artículos 1783 y 1784, como si aplicamos las normas generales en materia de responsabilidad contractual (arts. 1105 y 1182 del Código Civil, fundamentalmente).

Por su parte, Jordano Fraga considera que no existen razones que impidan reconducir la responsabilidad del hotelero al sistema general de responsabilidad contractual, siempre que se conciba éste de forma flexible. Entiende este autor que no hay desviación del régimen general de responsabilidad contractual: incumplimiento de una obligación subsistente y exoneración por la prueba liberatoria general, esto es, por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (contemplada como fuerza mayor en el art. 1784). Tampoco deja de encajar el supuesto en el sistema general de responsabilidad contractual, sigue Jordano Fraga, por admitir que en él funciona un criterio de imputación objetiva, pues no es el único que regula el Código Civil (en el que hay otros), y,

⁶⁴ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 30, 204-206, 209-210.

⁶⁵ Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, pp. 490-494, 505, 510-511, 514-515, y «Comentario...», pp. 364-367; Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 145-146; Martín Santisteban, *ob. cit.*, p. 175.

además, el artículo 1105 CC admite que la ley en un caso concreto sustituya un criterio de imputación subjetivo por otro de naturaleza objetiva. Y, en fin, termina el autor citado, si con base en un criterio de imputación basado en la culpa, se exige al hotelero la diligencia propia de un profesional de su ramo y categoría, se llegará a resultados parecidos a los obtenibles por la vía del criterio objetivo del riesgo.

En efecto, las explicaciones anteriores nos han conducido a una aproximación de ambos regímenes, el correspondiente al hotelero como depositario de determinados efectos (depósito voluntario) y el correspondiente al hotelero por las cosas meramente introducidas en el hotel: en ambos casos, la diligencia exigible como empresario o profesional determina la delimitación de su esfera de control y reduce las causas exoneratorias; y si bien en un caso se responde por el riesgo inherente a la actividad profesional, y en el otro, sin embargo, se admite la prueba de la diligencia, resulta que, al final, esta admisión quedaría circunscrita a los mismos casos que eximen de responsabilidad cuando se trata de responsabilidad objetiva, esto es, los casos que exceden del círculo que domina el empresario por ser extraños a su actividad.

Esta asimilación ha tenido algún eco en la jurisprudencia, aunque no resulten muy claros los argumentos en que se basa. Así, en la sentencia de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) la Audiencia Provincial de Baleares entendió que el resultado era el mismo, la responsabilidad del titular del establecimiento hotelero, ya fuera por aplicación de los artículos 1783 y 1784, ya fuera por aplicación de las reglas generales de las obligaciones y contratos; se trataba de la sustracción de un bolso, que contenía joyas, cuando había sido entregado para su guardia en el trastero de la recepción, destinado a guardar el equipaje de los clientes que van a abandonar el hotel; y el tribunal mantiene dicha responsabilidad «por cuanto en el contexto de un servicio ofrecido por el hotel a sus clientes, como es el de guardar las maletas cuando ya han abandonado las habitaciones en un trastero destinado al efecto, no tuvieron las debidas diligencias para evitar sustracciones por parte de personas desconocidas con una defectuosa vigilancia respecto de las maletas o con un descontrol respecto de algún modo de determinación de quién es su titular»⁶⁶.

⁶⁶ La misma doctrina se aplicó en el caso de la SAP de Barcelona 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102), en relación con la sustracción del equipaje del cliente en el hall del hotel, cuando el cliente subió a las habitaciones para examinarlas. No obstante, esta sentencia es analizada en el apartado correspondiente a la responsabilidad del hotelero por el robo de las pertenencias de los viajeros antes de contratar el hospedaje.

Mas no resulta convincente que el hotelero responda de igual manera tanto si se le entregan objetos, como si no, por lo que no nos parece acertada la remisión a los artículos 1783 y 1784 que contiene el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 para los supuestos de entrega de objetos para su custodia por el hotelero⁶⁷. Creemos que, además de descartar la aplicación de dichos preceptos por referirse a cosas introducidas y no entregadas, es posible ir más allá y llevar los argumentos anteriores hasta sus últimas consecuencias, de lo que podría resultar que la responsabilidad agravada no es la del hotelero como tal, sino la del fondista que ofrece un servicio como depositario, comprometiendo un servicio de custodia. Así, podría entenderse que al hotelero son atribuidos por la ley determinados riesgos en el marco del contrato de hospedaje, pero si, además de corresponderle por ministerio de la ley, el fondista asume la obligación específica de evitarlos, aceptando la entrega de sus pertenencias por los viajeros, para guardarlas con especial cuidado, la responsabilidad que se origine debe ser otra superior. Si el cliente busca el depósito en un dispositivo de seguridad, la caja fuerte, y el titular del establecimiento lo ofrece, no es sino por presuponer en él un mayor nivel de seguridad y vigilancia, cuyo incumplimiento ha de generar una obligación de indemnizar de mayor alcance que la que corresponde a la sustracción de los objetos que se hallan en las habitaciones o dependencias del hotel, sin adoptarse respecto a ellos especial cuidado⁶⁸.

Las palabras de Díez Soto son muy sugerentes para deducir la solución que nosotros proponemos, en el sentido de considerar más grave la responsabilidad del hotelero por las pertenencias de los viajeros especialmente custodiadas que por las meramente introducidas en el hotel. En efecto, según este autor, que el depositario profesional deba aportar una diligencia especialmente cualificada

⁶⁷ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 370, acepta la aplicación de los artículos 1783 y 1784 por la remisión contenida en el artículo 78 de la norma reglamentaria. Por tanto, a su juicio, aunque los presupuestos sean diferentes en uno y otro caso (en uno la mera introducción y su carácter no clandestino, y en el otro la entrega de la posesión para la custodia), no hay distinción entre responsabilidad contractual del hotelero por la custodia directa (derivada del contrato de depósito accesorio de obligada celebración) y responsabilidad contractual del hotelero por la custodia indirecta (derivada de la ley).

⁶⁸ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la STS de 19 de abril de 1988», *CCJC*, 1998, núm. 17, p. 436, sostiene que «la responsabilidad del depositario no puede ser, en cuanto a la guarda, la misma que la de cualquiera que está obligado a entregar una cosa (por ejemplo, el que debe entregar para transmitir, art. 1094). Es decir, parece que no se puede exigir el mismo comportamiento al que guarda como actividad accesoria a otra principal, que al que asume una obligación cuyo principal cometido es el de guardar (depositario). Trasladando este razonamiento a la responsabilidad del hotelero, está claro que no es igual la diligencia exigible al fondista cuando está obligado a guardar y entregar el equipaje del viajero, como prestación accesoria de la de hospedaje, que cuando se compromete a prestar una concreta actividad de custodia de los objetos que se le entregan para este fin.

significa que debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la prestación llegue a hacerse imposible, por causas propias de su actividad empresarial o por causas extrañas pero en el marco de los riesgos previsibles en dicha actividad; el depositario, sigue Díez Soto, que goza de un margen de libertad a la hora de organizar los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, debe responder también de la idoneidad de los mismos para prevenir y evitar aquellas causas. En suma, podemos resumir las ideas de este autor en la afirmación de que el depositario debe adoptar todas las medidas necesarias para la debida observancia de su obligación de custodia y responde de la idoneidad de las mismas. De manera que si el fondista asume de manera particular, para las pertenencias entregadas por los viajeros con esa finalidad, una específica obligación de custodia, se eleva el nivel de diligencia que ha de prestar, y, por tanto, no responde ya sólo por el riesgo inherente a la actividad empresarial de hospedaje, sino en la manera correspondiente al incumplimiento de una obligación que exigía un cuidado superior al propio de esa actividad empresarial. Sin embargo, estos deberes no corresponden al hotelero como tal en relación con los objetos que se hayan introducido en el hotel simplemente; respecto de éstos, la ley, sin más, le atribuye el riesgo de su sustracción, sin imponer un especial cuidado en su guardia, sino sólo un deber accesorio de custodia en el marco de un depósito necesario, derivado del contrato de hospedaje.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) se sitúa en esta línea en relación con la posibilidad de utilizar la caja fuerte individual de la habitación mediante el abono de una determinada cantidad económica. Ello suponía, a juicio del tribunal, «que el hotel asumía la garantía de seguridad que aquel servicio representaba, con independencia de que no se ha acreditado que el pago de dicho servicio estaba incluido dentro del precio de la habitación o se tenía que pagar de manera independiente». Utilizándose dicho servicio, sigue la Audiencia, son aplicables las normas del depósito en general, no los artículos 1783 y 1784, pero sin que quepa la exención de responsabilidad por caso fortuito, de la misma forma que no cabe en el marco de los artículos 1783 y 1784 (en los que la única causa exoneratoria es el robo a mano armada u otros sucesos de fuerza mayor), pues, si así fuera, estaríamos situando al huésped en una posición menos favorable que de no utilizarse la caja de seguridad. Esto es, que a la Audiencia Provincial le parece que si se aplican las normas del depósito voluntario, tratándose de la utilización de una caja fuerte, la responsabilidad del hotelero no debe ser menor, sino, por lo menos, igual que si se apli-

caran los artículos 1783 y 1784. Lo considera así en relación con el caso fortuito como eximente, pero nosotros hemos intentado llevar el argumento más allá. Éstas son las palabras del tribunal, que transcribimos por expresar nuestras ideas en relación con la oferta por el hotelero de un servicio especial de custodia y la consiguiente asunción de una obligación de diligencia específica: «... sin ser aplicable las prevenciones del artículo 1783 CC, toda vez que es el hotelero quien al colocar la caja de seguridad en la habitación, está ofreciendo al viajero un servicio más, que seguramente está incluido en la factura total de la habitación, y que no hace depender de exigencia alguna, su responsabilidad se sitúa dentro de las normas generales del depósito, pero evidentemente sin aplicar la exención de responsabilidad por caso fortuito, ya que de lo contrario haríamos a dicho huésped de peor condición a pesar de estar pagando un servicio que el hotelero le ofrece en su habitación sin condición alguna». Ya advertimos en otro lugar que esta sentencia puede ser errónea cuando reconduce al contrato de depósito la utilización de la caja individual de la habitación, pues existen serias dudas a propósito de esta consideración, pero acierta plenamente cuando afirma que el titular del hotel asume la garantía de seguridad que un servicio de custodia representa, y que el cliente que hace uso de él debe recibir, cuando menos, el mismo tratamiento que si no lo utilizara.

El problema es cómo articular esta tesis de la responsabilidad agravada por la desaparición de objetos especialmente custodiados, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, la condición de empresario o profesional implica reducir las causas de exoneración de la responsabilidad, limitándolas a los eventos extraños al círculo de la empresa, tanto si se trata de responsabilidad objetiva o por riesgo como si estamos ante una responsabilidad por culpa del profesional. Pero a pesar de esa dificultad, no es imposible establecer un régimen que marque las diferencias entre los casos en que el hotelero ha asumido una obligación de custodia sobre las cosas que le han sido entregadas y los supuestos en que no se ha comprometido esa prestación específica. Muestra de ello es la regulación contenida en otros Códigos de nuestro entorno, en los que claramente se distinguen casos de responsabilidad ilimitada y casos de responsabilidad limitada. La ilimitada se dispone para la sustracción de cosas que fueron entregadas al hotelero para su custodia o cuya custodia éste no aceptara injustificadamente (parágrafo 702 B.G.B., art. 1784 *Codice* y art. 1953 *Code*)⁶⁹. La limitada corresponde a la desapari-

⁶⁹ Según JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 528, la responsabilidad recae íntegramente sobre el empresario cuando adquiere respecto de las cosas un compromiso más estricto (o lo rechaza injustificadamente) o existe un incumplimiento por su parte.

ción de objetos simplemente introducidos en el hotel (parágrafo 702 B.G.B, art. 1783 *Codice* y art. 1953 *Code*). De manera que el hotelero que ha asumido, mediante un contrato *ad hoc*, la custodia de determinados objetos que le han sido entregados, es sancionado en mayor medida que aquél en cuyo establecimiento las cosas son meramente introducidas. Junto a ello, la fuerza mayor liberatoria habría de ser igual en ambos casos o, si acaso, más reducida en los casos de responsabilidad ilimitada por los objetos especialmente custodiados, pues es ésta la más grave, y no, como ha sido tradicional pensar, la de los artículos 1783 y 1784 por los objetos introducidos. Así, en los Derechos extranjeros citados no se distingue distintos tipos de fuerza mayor para cada uno de los dos supuestos (cosas llevadas al hotel o cosas entregadas en custodia), sino unos únicos eventos liberatorios aplicables a ambos⁷⁰. De modo que en nuestro Derecho o se aplica la limitación de la fuerza mayor exoneratoria (el tratarse de un robo «a mano armada») también a la responsabilidad por los objetos custodiados, o se suprime respecto de los objetos entregados, puesto que mantenerla para éstos, y, por consiguiente, reducir los eventos liberatorios, supone agravar la responsabilidad en este caso, en contra de la tesis que defendemos.

Volviendo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), la cita de la misma nos permite finalizar aclarando el régimen de responsabilidad aplicable cuando se trata de la utilización de las cajas fuertes individuales de las habitaciones, pues el artículo 78.2 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 dispone que el titular del hotel sólo responde de la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en tales dispositivos en los supuestos de dolo del mismo o de sus empleados. ¿Es adecuada esta concreción reglamentaria del régimen codicial? ⁷¹ Nos parece que no, por varias razones que pasamos a explicar.

⁷⁰ Así, en los artículos 1954 del Código francés, 701 del alemán y 1785 del italiano se alude simplemente a la fuerza mayor sin más como límite a la responsabilidad del hotelero. Junto a ella, se recogen como causas de exoneración la propia naturaleza de la cosa o un vicio de la misma, y la intervención del huésped, sus acompañantes, sirvientes o visitantes, en la producción del daño.

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 535, defiende la validez del artículo 78.2 de la Orden Ministerial, a pesar, dice, del principio de jerarquía normativa, pues la utilización de las cajas individuales es una de las formas que el hotel ofrece al cliente para que éste observe sus prevenciones de acuerdo con el artículo 1783, y es obvio que el hotelero no puede custodiar su contenido en igual medida que el de la caja de seguridad general.

JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 372, también acepta lo que dispone la norma reglamentaria porque respeta el mínimo inderogable de imputación señalado por el Código Civil con rango de ley (artículos 1102 y 1107): el dolo y la culpa grave.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», pp. 740, 746-747, opina que el supuesto de la caja de seguridad individual es el único de irresponsabilidad del hotelero, tal y como ordena la Orden Ministerial de 1968, con dos excepciones: el dolo del empresario y la falta de idoneidad de la propia caja. Cree este autor que en el caso de cajas individuales se fija la responsabilidad a cargo del propio viajero, porque la obligación del

En primer lugar, limitar la responsabilidad a los casos de dolo puede suponer, prácticamente, una exclusión de la responsabilidad del titular del establecimiento, si atendemos a lo que por dolo ha de entenderse en el Derecho de Obligaciones⁷². Está claro que si para estimar la concurrencia de dolo se requiere ánimo de perjudicar, será difícilmente apreciable en el marco del contrato de hospedaje, en cuyo ámbito es extraño que el empresario quiera perjudicar a sus clientes. Pero aun abandonando esta concepción del dolo y atendiendo a otra que lo entiende como incumplimiento voluntario y consciente de sus obligaciones por parte del deudor, nos parece también difícilmente aplicable en el sector hotelero, en el que es raro que el titular del establecimiento desee una defectuosa prestación de sus servicios. Por tanto, teniendo en cuenta que en el ámbito hotelero se tratará más bien de incumplimientos negligentes, ya sea de obligaciones de custodia principales o accesorias, ya sea de la obligación de mantener en las debidas condiciones las instalaciones o dispositivos al efecto (como en el caso de las cajas fuertes individuales ubicadas en las habitaciones), nos parece que circunscribir la responsabilidad al dolo significa dejar reducida a la nada la responsabilidad del titular del establecimiento.

En segundo lugar, y en el ámbito del depósito en concreto, la responsabilidad del depositario exclusivamente por dolo respondió históricamente a casos de depósito basado en la confianza, gratuito, y pactado en interés del depositante. A medida que se fue admitiendo un interés propio del depositario y la posibilidad de que el depósito fuera retribuido, la responsabilidad del depositario se extendió a la culpa. En suma, cuando el contrato respondía al interés de ambas partes, se agravaba la responsabilidad del depositario, que ya no quedaba reducida a los supuestos de dolo, y podía comprender incluso la culpa leve⁷³. Partiendo de estas ideas, parece que limitar la responsabilidad del hotelero a los supuestos de dolo presupone que el servicio de cajas fuertes individuales o es gratuito o responde en exclusiva al interés del huésped, y no creemos admisible ni lo uno ni lo otro. El carácter oneroso de este depósito suele ser lo usual, pues es un servicio que el hotel cobra de manera independiente o repercute en el precio global del hospedaje. El interés del depositario, que, además de cobrar, consigue una mayor categoría para su establecimiento por prestar determinados servicios

empresario es sólo la de proporcionar medios al viajero, y, una vez proporcionados, es este mismo el que acomete la vigilancia y custodia de los efectos introducidos, de modo que el viajero es el depositario de sus propios efectos.

⁷² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 610 ss.

⁷³ Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 17-31.

adicionales, también es obvio. De manera que un régimen de responsabilidad que comprenda la culpa parece más adecuado ⁷⁴.

En efecto, no parece razonable que el hotel no responda nada más que en supuestos de dolo, pues debe responder, al menos, del adecuado mantenimiento de las cajas de seguridad, o, dicho de otro modo, de su negligencia en la defectuosa instalación o mal funcionamiento de las mismas ⁷⁵. Se podría pensar que la Orden Ministerial parte de la correcta instalación y buen funcionamiento de estos dispositivos, y, dándolo por presupuesto, limita la responsabilidad del hotelero al dolo. Pero aun así, excluir incluso los hechos de extraños, pues sólo se admite el dolo del hotelero o de los empleados, siendo ese precisamente el supuesto típico que desencadena en la generalidad de los casos la responsabilidad del empresario, nos parece que es ir demasiado lejos. No debe olvidarse que en ciertos sectores, como el hotelero, no se considera caso fortuito lo que podría serlo en la generalidad de los casos, como ocurre con el robo por terceros, considerado riesgo propio de la actividad profesional. Ahora bien, la admisión, que proponemos, de la responsabilidad del fondista cuando se han utilizado cajas fuertes individuales queda matizada teniendo en cuenta que ya no nos hallaríamos ante la responsabilidad objetiva que consagran los artículos 1783 y 1784 (como en el caso de las cosas meramente introducidas), y tampoco ante la responsabilidad del depositario profesional (como en el supuesto de cosas custodiadas en la caja general del establecimiento), pues la implicación de notas propias de cada uno de estos supuestos debe implicar el reconocimiento de ciertas concesiones al régimen propio de cada uno. Así, el hotelero debe responder por los hechos de extraños, aunque no exista dolo por su parte ni la de sus empleados o auxiliares, como en el régimen dispuesto en los artículos 1783 y 1784, pero puede probarse, de acuerdo con las normas generales sobre responsabilidad contractual, tanto su diligencia o negligencia en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, como la culpa del cliente en la utilización o mal uso de la

⁷⁴ Señala ROCA JUAN, *ob.cit.*, p. 229, que la retribución puede llevar consigo un mayor rigor en la apreciación de la responsabilidad del depositario, aplicando el artículo 1726, referente al mandato, lo que puede tener influencia en los supuestos de profesionalidad del depositario, que ofrece sus servicios con los medios necesarios a cambio de una retribución. También a propósito de la agravación de responsabilidad del depositario cuando el depósito es retribuido, HUALDE MANSO, *ob. cit.*, pp. 107-109.

⁷⁵ Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 140, nota 106, rechaza que la Orden Ministerial de 1968 haya introducido en el sistema de responsabilidad contractual establecido por el Código Civil una modificación de tal envergadura, eximiendo al empresario de responsabilidad incluso en los casos de negligencia; a su juicio, no hay razón alguna que justifique que la empresa quede exenta de responsabilidad en caso de haber incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

caja individual, siendo esto último de gran importancia en orden a moderar o contrarrestar la responsabilidad del hotelero.

3. RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS

Bajo este epígrafe habría que situar tanto la responsabilidad por los daños producidos en los efectos de los viajeros por extraños, como la originada por los daños ocasionados por los dependientes o empleados del hotelero. Ambas se sitúan a cargo del empresario en el artículo 1784. Sin embargo, cada una de ellas presenta peculiaridades que hacen aconsejable su tratamiento por separado.

Así, tratándose de daños producidos por extraños, como la sustracción de las pertenencias de los clientes por ladrones que se introducen en el establecimiento, cabría pensar en la responsabilidad extracontractual directa de éstos y en la responsabilidad subsidiaria del hotelero en virtud de los artículos 1902 y 1903. Ya vimos que en ocasiones la jurisprudencia se ha inclinado por el carácter extracontractual de la responsabilidad, rechazando la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual, o ha admitido que puede tratarse de ambas a la vez. Sin embargo, si se trata de considerar exclusivamente la responsabilidad del titular del hotel frente al cliente, que era precisamente a lo que se referían esas sentencias, consideramos más correcta la posición mayoritaria a favor de la naturaleza contractual que se origina en el marco del contrato de hospedaje, como ya explicamos, y la consideración de los hechos de los extraños como riesgo inherente a la actividad empresarial⁷⁶. Por tanto, la responsabilidad contractual del hotelero por la sustracción de las pertenencias de los clientes por extraños no debe ofrecer duda, al no ser este hecho ajeno al círculo de su actividad⁷⁷.

Si por los hechos de los extraños responde el hotelero por pertenecer a su esfera de riesgo, por los hechos de sus empleados responde, en cambio, por tratarse de auxiliares o dependientes que utiliza en el cumplimiento de la prestación a su cargo. Aunque no existe en el Código Civil una norma general que imponga al deudor la responsabilidad por la actividad de sus auxiliares o dependientes, sí hay normas particulares que disponen esta responsabilidad, entre las cuales se halla precisamente el artículo 1784. Y de

⁷⁶ En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pp. 340-341.

⁷⁷ Sin perjuicio de que, si fuera conocido el tercero que ha robado las pertenencias de los huéspedes, lo que no creemos factible, pudiera el cliente dirigirse directamente contra el mismo reclamándole la responsabilidad extracontractual correspondiente.

este precepto, y de otros en el mismo sentido (arts. 1564, 1596, 1721) deducen algunos autores una regla general favorable a la responsabilidad directa del deudor por la actividad de los empleados que implica en el cumplimiento de la prestación ⁷⁸.

Los tribunales, por su parte, no han vacilado en apreciar la culpa del hotelero en los casos en que también se hallaba involucrada la actividad de sus empleados. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) se decidía la culpa del conserje y del vigilante jurado del hotel, y aunque no fue estimada por las circunstancias concretas del caso, el tribunal afirmó que «responde el empresario hotelero, aunque por su parte no exista el más mínimo atisbo de culpa o negligencia, siempre que el daño se deba a la acción u omisión de alguno de sus «criados o dependientes» o de un «extraño»». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503) aprecia responsabilidad por la desaparición del equipaje entregado para su guarda al botones o encargado del servicio de conserjería.

Mención especial merece el tema de la responsabilidad del titular del hotel cuando los daños se producen en el marco de la actividad correspondiente a otro empresario, independiente del hotelero pero contratado por el mismo. Esto es, cuando ya no se trata de auxiliares o personas dependientes del deudor-titular del establecimiento, sino de profesionales independientes o de los auxiliares que éstos utilizan para el desarrollo de la actividad comprometida con el fondista ⁷⁹. En concreto, la cuestión suele plantearse en relación con la empresa de seguridad y vigilancia contratada por el hotelero, como ocurrió en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854), a propósito de la sustracción de un coche del aparcamiento vigilado del hotel; el

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 592-594. Según este autor, la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares es, además, objetiva, por exigencias económicas y jurídicas: aparte del perjuicio al acreedor que se produciría aplicando los principios de la culpa, hay que tener en cuenta una serie de ideas. La primera, que no se puede dar el caso fortuito, única circunstancia exoneradora de responsabilidad del deudor, pues la producción de los daños o del impedimento de prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito. La segunda, que normalmente la actividad de los auxiliares o dependientes se halla comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación, y, por tanto, se halla implícita en la voluntad contractual. Y la tercera, el principio de confianza, según el cual el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes.

CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, I, pp. 5 ss.; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 176.

Vid. en particular la extensa monografía de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*

⁷⁹ SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, capítulos II y III.

Alto Tribunal sostuvo que «la culpa aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también es transferible a la empresa hotelera, puesto que la obligación que impone el artículo 1902 es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.º».

Esta resolución judicial se refiere a una responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, los del profesional independiente encargado de la seguridad del hotel, pero la misma conclusión ha obtenido la doctrina para los supuestos de responsabilidad contractual. Así, distintos autores no han titubeado en extender la responsabilidad del titular del hotel a todo supuesto de introducción de terceros en el cumplimiento, ya sean empleados o subordinados del hotelero, ya sean empresarios autónomos o los auxiliares de éstos⁸⁰. Y ésta es la solución más acorde con el fundamento y tenor literal del artículo 1784, pues si el fondista responde incluso por los hechos de extraños, con mayor razón responderá por los hechos de quienes han sido contratados por él, sean dependientes suyos o profesionales independientes.

IV. REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784

Numerosas sentencias sostienen que el hotelero quedará exonerado de responsabilidad no sólo cuando haya ocurrido un robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor, tal y como establece el artículo 1784, sino también cuando no se cumplan los dos requisitos que dispone el artículo 1783: observar las prevenciones del fondista sobre el cuidado y vigilancia de los efectos y dar conocimiento al mismo de los que son introducidos en el establecimiento.

⁸⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 339, postula una interpretación amplia o extensiva del artículo 1784, de acuerdo con su *ratio*, y afirma que es indudable la responsabilidad del titular del hotel por las sustracciones o daños causados por el personal de la empresa de vigilancia contratada. MIQUEL GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente», *ADC*, 1983, IV, p. 1503, afirma que en responsabilidad contractual el deudor responde aunque haya utilizado para el cumplimiento a un sustituto que actúe con autonomía respecto de él: «suponiendo que el deudor pueda –por no ser personal– encargar a otro la ejecución de la prestación, no cabe duda de que no podrá liberarse de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sólo por decir que encargó el cumplimiento a un contratante que actuaba con independencia». En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 31.

1. DAR COMUNICACIÓN AL HOTELERO DE LOS EFECTOS QUE SE INTRODUCEN EN EL ESTABLECIMIENTO

Se refieren a esta exigencia, como requisito inexcusable para la aplicación del régimen especial de responsabilidad del hotelero, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Alicante 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634) y 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Valencia 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Las Palmas 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 6 de noviembre de 2001 (JUR 2004/114817), Madrid 16 de julio de 2001 (JUR 2002/9125), Salamanca 27 de noviembre de 2001 (JUR 2002/22687) Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Santa Cruz de Tenerife 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434), Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038). De acuerdo con las ideas que defendemos en este trabajo, este requisito sólo sería aplicable al caso de introducción de efectos en la habitaciones o dependencias del hotel. Pero, ¿tiene sentido en relación con este supuesto? Veamos como lo han entendido autores y tribunales.

La doctrina ha suavizado esta exigencia, entendiéndolo que no es precisa una comunicación expresa de cada uno de los efectos que los clientes introducen en el hotel, y que basta con su introducción normal en el establecimiento, a la vista de su titular o empleados⁸¹. Esto mismo se ha sostenido también en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), en relación con objetos de poco valor y de uso cotidiano. Y otras resoluciones han rebajado igualmente el rigor de este requisito, ofreciendo un entendimiento particular del mismo. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) contiene una explicación singular del requisito del previo conocimiento por el hotelero de los efectos introducidos en su establecimiento: la responsabilidad de aquél nace sin necesidad de aceptación del fondista de los efectos introducidos, «porque, conforme al precepto, su máxima intervención es el mero conocimiento de la introducción, es decir, conocimiento de una pura situación de hecho (supone «consentimiento» para la introducción, pero no consentimiento contractual de obligarse a su

⁸¹ ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 300; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 508; BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1699; BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 628; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 418; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», p. 724; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 165; BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 241; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 613.

conservación)»; «el cliente «introduce» los efectos, con conocimiento de los «fondistas o mesoneros» o de sus dependientes, que por ello «saben» que han sido introducidos». Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) rebaja la exigencia de dar conocimiento al fondista de los objetos que se introducen, reconduciendo su trascendencia a los efectos de prueba: el especial y particular régimen jurídico de la responsabilidad del hotelero «también es de aplicación respecto de aquellos efectos introducidos por el cliente o huésped en el hotel de los que no hubiera dado conocimiento al empresario hotelero o a sus dependientes. Desplegando la previsión legal su única eficacia respecto a la prueba de los efectos que alegue el cliente o huésped haberlos introducido en el hotel y que han desaparecido, de tal manera que nada tendrá que acreditar el cliente o huésped respecto de aquellos de los que hubiera dado conocimiento al empresario hotelero, mientras que de todos los demás le incumbirá la carga de la prueba (aunque incluso respecto de estos últimos la opinión de la doctrina no es uniforme)»⁸².

También existen algunas sentencias que han conectado el requisito de dar conocimiento al fondista de los objetos que se introducen con el de observar las prevenciones del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los mismos, y, así, han sostenido que el cliente sólo debe declarar al titular del establecimiento las pertenencias de especial valor, respecto de las cuales el hotelero debe avisar o puede imponer la adopción de especiales medidas de seguridad y prevención. En este sentido pueden citarse las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082) y de Málaga de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), en las que dichos tribunales sostienen que «la interpretación del requisito de la puesta en conocimiento del hotelero de los efectos introducidos no puede ser tan rigurosa que se exija que se declaren expresamente al ingresar en el establecimiento todos y aquellos efectos que se portan, sino que es obvio que lo que habrá que declarar son aquellos efectos de un especial valor, para que el dueño del establecimiento pueda adoptar las medidas preventivas precisas y dar al cliente las instrucciones necesarias para su adecuada protección y

⁸² Si el conocimiento por el hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento sólo es relevante a los efectos de prueba, cabe decir lo mismo, viceversa, de la entrega de un recibo por parte del titular del hotel sobre los que se custodian en cajas fuertes. Si el fondista responde, conozca o no los concretos y determinados objetos que el cliente lleva consigo, porque la enumeración precisa y detallada sólo es determinante a los efectos de prueba, quedando exonerado de la misma el viajero si realizó una lista de sus pertenencias, idéntico razonamiento puede aplicarse a la entrega por el hotelero de un recibo cuando se custodian ciertos objetos en cajas fuertes. Así lo han entendido los tribunales, al considerar que el hecho de que no se haga la entrega bajo recibo no altera la responsabilidad del hotelero, ya que tal falta sólo tendría relevancia en orden a determinar la existencia y valor de los objetos entregados (STS 11 de julio de 1989 (RJ 1989, 5598) y SAP de Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003, 200168).

seguridad. Pero aquellos otros efectos de uso personal y de no especial valor, que constituyen el contenido propio de objetos necesarios para la actividad diaria del cliente (por ejemplo ropa, objetos de aseo, la propia maleta, llaves de vivienda, del coche, etc.) no es preciso hacer una declaración expresa, por cuanto por su propia naturaleza no necesitan de la adopción de especiales medidas de precaución y seguridad distintas a las que cualquier persona pueda tener en el cuidado de sus propias cosas, por lo que no es razonable que respecto de ellas el hotelero impusiese al viajero unas normas internas de precaución o prevención especiales y más rigurosas»⁸³. El criterio de estas sentencias puede ser razonable puesto que, como veremos en el apartado siguiente, la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 impone a todos los establecimientos hoteleros la obligación de avisar a los clientes de que no responderán de los objetos valiosos que no se entreguen para el servicio especial de custodia, de manera que la carga de detallar los objetos que se introducen sólo existe en relación con los objetos de valor.

Por tanto, si se trata de objetos de uso cotidiano y de escaso valor, basta con su introducción normal en el establecimiento, sin que sea precisa una relación detallada de los mismos. Esta enumeración, concreta y precisa, de los efectos sí es necesaria, en cambio, cuando se trata de objetos de valor que se introducen en cajas fuertes; la jurisprudencia así lo ha entendido tanto en relación con los que se entregan para su custodia en la caja fuerte central, respecto de los cuales parece más razonable la redacción de una lista de las pertenencias que se entregan, como a propósito de los que simplemente se introducen en la caja fuerte individual de la habitación, aunque en este último caso existe alguna sentencia contradictoria. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206) desestimó la demanda porque, entre otras razones, no se entregó en la recepción una lista de lo que se iba a depositar en la caja fuerte. Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638) desestimó la petición de los demandantes y apelantes porque, aunque habían cumplido el requisito de observar las prevenciones del hotelero para la custodia de sus objetos de valor, habían incumplido, por el contrario, el requisito de dar conocimiento al mismo de los efectos que introducían en la caja fuerte individual de la habitación. Ello tiene repercusión inmediata, según ambas sentencias, en el cumplimiento, a su vez, del requisito de la prueba de la preexistencia en el hotel de los efectos robados, pues no se puede

⁸³ También, aunque más resumidamente, la SAP de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365) entendió que si los viajeros no cumplen con su obligación de avisar al titular del establecimiento, «parece lógico pensar que la sustracción haya podido operarse porque ante tal silencio el depositario no pudo adoptar medida alguna para evitar el suceso».

acreditar que se encontraran en el interior de la caja fuerte que fue robada. Asimismo, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), «la mera solicitud por los clientes de una caja de seguridad individual en la que depositar los efectos en ningún caso puede equivaler a la comunicación al establecimiento de los efectos que se están introduciendo en el mismo, ni siquiera ello presupone la introducción de objetos de valor [...]». Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557) «la puesta a disposición de los clientes de una caja de seguridad en la que depositar los efectos, releva a los mismos de la necesidad de poner en conocimiento de la empresa hotelera las cosas depositadas».

Con anterioridad explicamos que la ubicación de objetos en la caja individual de la habitación no se podía identificar plenamente con el contrato de depósito, porque faltaba la necesaria individualización e identificación de la cosa que el depositario queda obligado a custodiar. Ahora bien, si la jurisprudencia extiende el requisito de dar conocimiento al hotelero de los efectos que se introducen al supuesto de utilización de la caja individual, decae el principal inconveniente a la asimilación al depósito voluntario, teniendo en cuenta que la nota de la tenencia de la cosa por el depositario no excluye en algunos casos, habida cuenta de la naturaleza y características propias de cada objeto, una posesión inmediata por el propietario. Lo que ocurre es que, aunque las cosas introducidas en las citadas cajas se hallen en la esfera de control del empresario, también se hallan en la esfera de influencia del huésped, lo que obliga a tratar la utilización de cajas individuales como un supuesto intermedio. Salvo que siendo objetos valiosos fuesen, además, de uso cotidiano y de imprescindible utilización habitual, el cliente siempre tiene la posibilidad de depositar sus pertenencias de mayor valor en el servicio de custodia general del establecimiento, trasladando a éste el riesgo de su desaparición.

2. OBSERVAR LAS PREVENCIÓNES DEL HOTELERO SOBRE EL CUIDADO Y VIGILANCIA DE LOS EFECTOS

Como se señaló, en muchas sentencias se explica que el hotelero queda exonerado de responsabilidad si no concurren las exigencias previstas en el artículo 1783, una de las cuales es la observancia por los clientes de las advertencias de aquél sobre el cuidado y vigilancia de los objetos que estos últimos introducen en el hotel. Se refieren a este requisito las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Málaga de 5 de junio

de 1997 (AC 1997/1247), 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Valencia de 13 diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Zaragoza de 10 de julio de 2001 (AC 2001/1804), Las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 6 de noviembre de 2001 (JUR 2004/114817), Salamanca de 27 de noviembre de 2001 (JUR 2002/22687), Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048), Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434), Cádiz de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Córdoba de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51496), Alicante 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), y Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038). En muchas de estas sentencias se desestima la demanda porque el cliente no observó las advertencias que el establecimiento hotelero hacía constar en el reverso de la tarjeta de la habitación, en los carteles instalados en las habitaciones o en el canal interno de televisión del hotel. El fondista suele avisar en las mismas de que no responde por el dinero, alhajas u otros objetos de valor que no sean depositados en la caja fuerte⁸⁴. Hay que recordar que a esta advertencia vienen obligados los titulares de los establecimientos en virtud de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 (art. 78, párrafos 1.º y 3.º). Pero, ¿qué significado puede tener este aviso?

Si se analiza detenidamente, vemos que el hotelero viene obligado por la norma reglamentaria a advertir a los clientes de un régimen de responsabilidad por la desaparición de sus pertenencias que no es el que le impone el Código Civil, cuyos artículos 1783 y 1784 tratan precisamente de regular esta cuestión en el ámbito que le es propio, el de las relaciones entre fondista y viajero. En efecto, *a contrario*, hay que interpretar que por los que sí sean entregados para su custodia sí responde el titular del establecimiento. Lo dispone así, además, la citada Orden, en el artículo 78.1. Mas, ¿de qué manera responde? Según dicha norma, en las condiciones de los artículos 1783 y 1784 CC. Sin embargo, ya hemos visto que no es así, pues el supuesto de estos artículos ha de ser el de la sustracción de los efectos meramente introducidos en las habitaciones o dependencias del hotel. La responsabilidad del hotelero por la desaparición de los objetos depositados en la caja fuerte discurre, en cambio, por las normas generales de responsabilidad contractual, por la remisión contenida en las normas del contrato de depósito voluntario, y puede ser, según la interpreta-

⁸⁴ La SAP de Málaga 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178) sostuvo que «no puede establecerse, como hace la sentencia de instancia, una especie de presunción de conocimiento por parte del cliente de la necesidad de que los objetos de elevado valor se depositasen en la caja central del hotel; dicha presunción carece de apoyo legal y tampoco puede basarse en el hecho de que los demandantes fuesen clientes habituales del hotel».

ción que proponemos en este trabajo, de mayor alcance que la que disponen los artículos 1783 y 1784.

Siguiendo con la interpretación del artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968, según su tenor literal por los efectos valiosos no entregados para su custodia especial, el hotel no responde. Pero ésta es la responsabilidad que establecen, por el contrario, los artículos 1783 y 1784 CC, cuyo supuesto de hecho es, al tratarse de una responsabilidad por riesgo según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el de la sustracción de efectos meramente introducidos en el hotel. Nueva contradicción entre las normas administrativas y el régimen codicial, que habría que resolver en principio a favor de éste último, no sólo por ser el Código Civil norma de superior rango, sino también por ser la norma que regula las relaciones entre fondista y viajero, esto es, la relación contractual, mientras que la Orden Ministerial dispone solamente los servicios que debe prestar cada establecimiento en función de su categoría. Si al regular estos servicios, la normativa administrativa establece también, como lo hace, ciertas reglas sobre responsabilidad del hotelero frente al cliente, creemos que deben ser adaptadas al Código Civil.

Lo que esto evidencia es un caos en la determinación de la responsabilidad de los titulares de establecimientos hoteleros. Resulta, en efecto, que deben realizar aquella advertencia a sus clientes, por imperativo de la Orden de 1968, pero resulta también que este aviso será inútil después, si se aplica el régimen del Código Civil. En efecto, hayan avisado o no a los clientes de la necesidad de depositar en la caja fuerte sus objetos más valiosos, responderán por todos los que se hayan introducido en el establecimiento de acuerdo con los artículos 1783 y 1784⁸⁵, y respecto de los que sí se hayan entregado para su custodia en la caja fuerte responderán según las normas generales de responsabilidad (al tratarse de un depósito voluntario) y no en la manera prevista en los artículos 1783 y 1784 (aunque así lo disponga la norma reglamentaria, pues el supuesto de hecho de esos preceptos es un depósito necesario de los objetos que el cliente lleva consigo). ¿Debe acaso entenderse que si se trata del dinero, joyas u otros objetos valiosos estamos ante un supuesto especial, cuya sustracción no origina responsabilidad del hotelero, aunque se hallen en la habitación o dependen-

⁸⁵ Esto es lo que ocurre en Alemania, donde, según el parágrafo 702 BGB el hotelero responde por la desaparición de todos los efectos introducidos en el establecimiento, incluso de las joyas, dinero u otros objetos de valor. No obstante, se fija un límite cuantitativo a esa responsabilidad, inferior al establecido para los objetos de escaso valor, con la finalidad, entendemos, de propiciar la adopción de medidas de seguridad en relación con tales efectos. Sin embargo, si se trata de objetos entregados al hotelero para su custodia, la responsabilidad de aquél es ilimitada, como sabemos, sin disponerse normas especiales en relación con el valor de las cosas robadas.

cias del hotel, pues debían haber sido entregados para su custodia en la caja fuerte? ¿Habría que interpretar que es una excepción a la regla de responsabilidad por riesgo, y que ésta queda restringida a las pertenencias de menor valor que se introduzcan en el hotel, de manera que, efectivamente, el hotel no responde si no han sido entregadas para su custodia las más valiosas, tal y como está obligado a advertir? Efectivamente, para la coordinación del régimen codicial y del reglamentario así ha de entenderse, pues el artículo 1783 exige que se hayan observado las prevenciones del fondista acerca de la seguridad de las pertenencias de los viajeros, y el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968 no hace sino concretar este requisito en relación con los objetos de valor; el error que se comete en esta norma es establecer que el régimen de responsabilidad por la sustracción de los efectos valiosos depositados para su custodia particular, cumpliendo esas advertencias del hotelero, es el de los artículos 1783 y 1784, pues resultaría entonces que es el mismo que para la desaparición de las cosas meramente introducidas en el hotel, sin adoptarse ninguna precaución especial.

Esa es una interpretación posible del régimen legal, que, combinada con lo que en el apartado III se explicó, conduciría a las siguientes reglas de responsabilidad: *a)* responsabilidad objetiva, derivada del riesgo profesional, por la desaparición de las pertenencias de los clientes (artículos 1783 y 1784); *b)* excepción: dinero, joyas u otros objetos valiosos, respecto de los que el fondista debe avisar de la necesidad de que sean entregados para su custodia especial; *c)* responsabilidad agravada por la sustracción de los objetos valiosos custodiados en cajas fuertes (normas generales de responsabilidad y elevación del nivel de diligencia); *d)* ausencia de responsabilidad por los objetos valiosos que no hayan sido entregados para su guarda en caja fuerte, incumpliendo las prevenciones del titular del establecimiento⁸⁶. En suma, los avisos o advertencias en el establecimiento hotelero han de contener una invitación a ofrecer

⁸⁶ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 301-303, trata de coordinar los artículos 1783 y 1784 CC y el artículo 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 mediante una interpretación que no coincide totalmente con la nuestra. A su juicio, como la Orden Ministerial sólo se refiere a los objetos de valor, para los que no sean valiosos no se modifica el régimen de los artículos 1783 y 1784 CC, de manera que el hotelero responde por estos efectos, simplemente introducidos y no depositados, por la pérdida o deterioro que sean dolosos o culpables, puesto que no responde del robo a mano armada o de la fuerza mayor, que precisamente excluyen la ausencia de culpa. Para los objetos de valor, según el autor, el precepto reglamentario dispone que la responsabilidad del hotelero sólo se genera mediante un depósito obligado para éste, expresamente constituido mediante la entrega del cliente. Ésta es la explicación de ROCA JUAN, difícil de comprender, pues no queda claro si para este último supuesto, el de los objetos valiosos entregados para su depósito, admite o no la aplicación de los artículos 1783 y 1784 CC; y para los casos en que sí sostiene la aplicación de estas normas, los de objetos introducidos, entiende que es una responsabilidad por culpa, dada la exclusión de la fuerza mayor, pues el criterio de responsabilidad por culpa

un contrato de depósito, regulado por sus normas propias (y no por los artículos 1783 y 1784, como dispone la Orden Ministerial), y que ha de tener por objeto determinados efectos del cliente, los más valiosos. Para las demás pertenencias, el viajero no ha de obedecer ningún tipo de prevenciones, pues la responsabilidad del hotelero,

excluye la fuerza mayor, «a no ser que se entienda –creo que difícilmente– que la fuerza mayor es suceso extraño o ajeno al riesgo profesional».

PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pp. 534-536, deduce del Código Civil y de la Orden Ministerial un sistema de responsabilidad del hotelero también distinto al que nosotros venimos trazando. Así el citado autor mantiene que este sistema pasa por una triple distinción: A) Dinero, alhajas u objetos de valor, depositados en cajas de seguridad: se aplican los artículos 1783 y 1784, por la remisión a estos preceptos contenida en el artículo 78. 1 de la citada Orden; además, la remisión a los artículos 1783 y 1784 supone que no se podrá aplicar el artículo 1766, ni entender que existe un depósito voluntario, por mucho que así lo pretenda la empresa hotelera para atenuar su responsabilidad. B) Depósito en las cajas fuertes individuales de las habitaciones: a pesar del principio de jerarquía normativa, se puede defender la aplicación del artículo 78. 2 de la O. M. de 1968, que exime de responsabilidad al hotelero, salvo que medie dolo del mismo o de sus empleados; esta posibilidad se basa en que la utilización de las cajas fuertes individuales es una de las maneras de cumplir las advertencias del fondista, como requiere el artículo 1783, y en que el hotelero no puede custodiar su contenido en igual medida que el de la caja fuerte del hotel. C) Efectos introducidos por los clientes en el hotel, pero no depositados en alguna de las formas anteriormente descritas: se aplica el régimen de los artículos 1783 y 1784, puesto que el artículo 78. 3 de la O. M. de 1968, ordenando que en todas las habitaciones conste la indicación de que el hotel no responde del dinero, alhajas o objetos de valor no depositados en la caja fuerte, sólo se refiere, como pone de manifiesto su tenor literal, a estos efectos, y no a todos los meramente introducidos en el hotel.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», pp. 734-737 mantiene una interpretación similar de la normativa sobre la cuestión. Así, para los objetos introducidos en las cajas de seguridad de recepción entiende que existe un auténtico contrato de depósito, sometido a las reglas de éste (artículos 1758 a 1780), salvo en lo que se refiere a la responsabilidad del hotelero, punto en el que rigen los artículos 1783 y 1784, tal y como dispone la Orden Ministerial de 1968; de modo que el empresario hotelero responde en los mismos términos y con el mismo alcance –agravado–, tanto de los efectos introducidos en las habitaciones como de los depositados en las cajas de recepción.

También BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 242, sostiene una explicación parecida de las normas del Código Civil y de la Orden Ministerial: hay que distinguir objetos de uso común y valor ordinario y objetos preciosos. Estos últimos deben mostrarse en recepción y depositarse en caja fuerte, requisitos cuyo incumplimiento supone la exoneración de responsabilidad del hotel. Si se trata de objetos de uso personal sin especial valor, no es preciso hacer una declaración expresa. De este modo, sigue el autor, las reglas contenidas en la Orden Ministerial vienen a ser un desarrollo del artículo 1783 CC: concretan en qué consisten las advertencias del titular del hotel sobre la vigilancia de las pertenencias de los clientes. El artículo 78 de la Orden de 1968 vienen a ser un camino intermedio entre dos posiciones: por una parte, si hacemos responder al fondista de todos los objetos que introduce el viajero, entre los que puede haber cosas de gran valor, la responsabilidad se demuestra excesiva. Gracias a esta norma, termina, el empresario responde de ellos por encontrarse en su establecimiento, pero para su tranquilidad, se advierte al cliente que si no deposita los objetos valiosos en la caja fuerte de recepción, la empresa no responde de su pérdida o menoscabo; simultáneamente, se obliga al hotel a aceptar los objetos preciosos que le entregue el huésped.

Estas interpretaciones doctrinales nos sugieren un comentario común, y es que llama la atención que siga admitiéndose la aplicación de los artículos 1783 y 1784 al supuesto de entrega de objetos valiosos para su custodia en cajas fuertes, sin reparar en la discordancia que ello supone (pues se aplicarían las mismas normas que en el caso de objetos meramente introducidos en las habitaciones o dependencias del establecimiento). Cierto que así lo dispone la Orden Ministerial de 1968, pero habrá que solucionar los problemas de coordinación de esta normativa con la del Código Civil mediante soluciones coherentes.

la objetiva que establecen los artículos 1783 y 1784, es indeclinable al derivar del riesgo profesional o de empresa.

Siendo esto así, el tradicional juicio negativo que han merecido tradicionalmente las advertencias de los hoteleros acerca de su responsabilidad⁸⁷, debe matizarse. Así, sería inaceptable una exoneración de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad por riesgo, para los que el Código Civil se la impone al empresario con base en el tipo de establecimiento y de actividad que se desarrolla en el mismo. Pero serían admisibles los avisos en que se ofrece un depósito especial para los objetos de mayor valor y se declina la responsabilidad por su sustracción en caso de no aceptarse, puesto que incluso el artículo 1783 ordena atender a las prevenciones del fondista sobre el cuidado de los efectos y la normativa administrativa obliga a los hoteles a realizar esta advertencia⁸⁸. En suma, en el ámbito de

⁸⁷ Así, RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 164, ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 300 y 307, y LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *ob. cit.*, p. 252, rechazan que las advertencias del hotelero sirvan para excluir o limitar la responsabilidad del mismo, lo que requiere pacto expreso y la mayor precisión y claridad. Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 418, admiten la modificación convencional del régimen de los artículos 1783 y 1784, y en cuanto a «las normales (y abusivas) advertencias de los hosteleros sobre su irresponsabilidad» remiten a las normas generales sobre modificación de la responsabilidad en materia de obligaciones para juzgar sobre su eficacia»; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «El hotel no responde...», p. 1506 y ss., insiste en que la cláusula sobre la ausencia de responsabilidad del hotel por los objetos de valor no entregados en recepción es una condición general de la contratación abusiva y, por tanto, nula, por ir en contra de las exigencias de la buena fe.

⁸⁸ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1699, admite el valor exonerador del reglamento interno del hotelero, con base en el artículo 1783; sólo añade que incumbe al mesonero la carga de que tales prevenciones sean eficaces, esto es, objetivamente aptas para evitar el daño.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 517 y 519, y «Comentario...», p. 373, afirma que el único instrumento de que puede servirse el hotelero para limitar su riesgo son los anuncios que se refiere el artículo 78. 3 de la O.M.: su virtualidad exoneratoria resulta de su coordinación con el artículo 1783, de manera que el hotelero puede decir que no responde porque el cliente afectado ha desatendido las advertencias que se le dieron en orden al cuidado y vigilancia de sus efectos valiosos.

DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 228, sostiene que el depositario puede recurrir a avisos o prevenciones a los clientes sobre la conducta que deben observar como mecanismo para racionalizar de algún modo su responsabilidad. Estos avisos servirán, dice el autor, para imponer al depositante determinadas cargas, cuyo cumplimiento funcionará como presupuesto para poder exigir la responsabilidad plena del depositario si éste incumple sus obligaciones (en la línea marcada por el art. 1783). Estas prevenciones, sigue, no son verdaderas cláusulas contractuales, y su función no es limitar la responsabilidad del depositario, sino la de precisar la relevancia de ciertas conductas u omisiones del depositante como supuestos liberatorios en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el depositario. Son eficaces, siempre que se garantice que el depositante pueda conocerlas (no aceptarlas) sin necesidad de desplegar una diligencia especial. En cambio, termina, no podrá utilizarse este mecanismo para introducir indirectamente cláusulas de limitación de responsabilidad, imponiendo al depositante conductas o precauciones innecesarias o que deban considerarse asumidas por el depositario.

MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 166, mantiene que si la causa exclusiva del daño es la inobservancia de las prevenciones hechas por el hotel, como sería el no depositar los objetos de valor en recepción, el hotel queda efectivamente exonerado de toda responsabilidad.

HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 613 y 614, considera que han de tenerse en cuenta las advertencias de los hoteleros de exención de responsabilidad si no le son entregados para su custodia los efectos conforme a la Orden de 1968; pero también afirma que no basta

los daños que el hotelero no está legalmente obligado a asumir, serían válidas las advertencias del mismo sobre su exoneración de responsabilidad; pero serían nulas esas prevenciones en el campo de los riesgos que le están legalmente atribuidos. Son sólo estas últimas, las que pretenden alterar el sistema legal de responsabilidad y la atribución legal de los riesgos, las que deben ser convencionales o deben someterse al correspondiente juicio de validez como condiciones generales de la contratación o como cláusulas abusivas, sometiendo-se a lo que disponen las leyes reguladoras de dichas condiciones generales y protectoras de los consumidores y usuarios. Desde esta perspectiva, creemos, deben valorarse estas controvertidas cláusulas y deben revisarse las resoluciones judiciales sobre el tema, pues en algunas se ignora que la exoneración de responsabilidad del fondista es admisible en relación con los objetos valiosos.

Esta tesis acerca de las prevenciones del hotelero, sometiendo-dolas a distinto criterio en función del ámbito al que se refieran, resulta avalada por lo que dispone la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos. Esta Ley distribuye los riesgos entre el titular de aparcamiento y el usuario del mismo (art. 3) mediante unas sencillas normas que limitan la responsabilidad del empresario y, consiguientemente, obligan al usuario a reforzar las cautelas en el cuidado de sus pertenencias, situándole en peor situación que la que venía reconociéndosele por la jurisprudencia con anterioridad a dicha Ley⁸⁹. Así, el titular del aparcamiento responde por la sustracción del coche o daños producidos al mismo, así como por los componentes del vehículo y por los accesorios fijos e inseparables que sean, además, habituales y ordinarios; también responde por accesorios distintos y por los efectos introducidos por el usuario en el coche si, contando con un servicio especial para ello, ha aceptado su custodia. El usuario del aparcamiento, en cambio, deberá retirar, pues no alcanza la responsabilidad del empresario a los mismos, los accesorios no fijos y extraíbles y cualesquiera objetos o enseres no entregados para su custodia especial⁹⁰. Si éste es el sistema de distribución de riesgos diseñado en esta Ley de 2002, cabe destacar su paralelismo con el que ya dispuso el legislador en los artículos 1783 y 1784, aunque en este último

la declaración unilateral del fondista mediante letreros o rótulos limitando su responsabilidad, sino que es necesario acuerdo expreso de las partes. En parecido sentido SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, pp. 2066 y 2067.

⁸⁹ Vid. GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir a cargo del titular del aparcamiento», *RdP*, 2004, núm. 12, pp. 169 ss.

⁹⁰ Esto puede dar lugar a situaciones absurdas, sobre todo en relación con los accesorios necesarios pero no fijos (rueda y lámparas de repuesto, triángulos y chaleco reflectantes, etc.), como explica GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», p. 176.

caso con confusas normas, cuya interpretación creemos que debe ser la expuesta en este trabajo: el empresario responde por la sustracción o daños de determinadas pertenencias de los clientes por imperativo legal; también puede responder por la desaparición de otras, pero para ello es necesario que hayan sido entregadas para su particular custodia en un servicio especial, observando las prevenciones realizadas por el titular del establecimiento. Respecto de esto último, la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos dispone en el artículo 3.2 que la responsabilidad del titular del aparcamiento que presta un servicio especial de custodia requiere que los objetos «hayan sido expresamente declarados por el usuario a la entrada del aparcamiento y el responsable de éste acepte su custodia», y que «el usuario observe las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen, incluida la del aparcamiento del vehículo o el depósito de los efectos, en la zona o lugar que estuviere habilitado al efecto para su vigilancia» [reiterándose estos deberes del usuario en el art. 4.c)]. Por tanto, parece claro que las leyes, y no ya el Código Civil sino también leyes más recientes, admiten los avisos o advertencias del empresario sobre el alcance de su responsabilidad, si bien en el ámbito en que la misma no le viene impuesta por la propia ley en atención al tipo de actividad que se desarrolla y a su condición de empresario o profesional⁹¹.

Así pues, son nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad del hotelero en la esfera de riesgo que le corresponde (objetos no valiosos ubicados en habitaciones o dependencias del establecimiento) y son válidas esas advertencias en el ámbito de riesgo que la ley no impone al empresario y le permite avisar a los clientes de la necesidad de adoptar ciertas precauciones (objetos de valor, que han de ser depositados en dispositivos de seguridad). Mas esta regla general requiere nuevas precisiones. Una de ellas es que, adoptadas por los huéspedes las medidas de seguridad impuestas en los avisos del titular del local como presupuesto de su obligación de indemnizar, la responsabilidad de éste en este caso se rige por las normas generales (arts. 1101 y siguientes del

⁹¹ Así, en relación con la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, DE VERDA Y BEAMONTE, «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *RdP*, 2005, núm. 15, p. 25 ss., p. 46, considera que serán válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por robos o daños que el titular del aparcamiento no está legalmente obligado a asumir. En concreto, según el artículo 3.1.c), la obligación de restitución de aquél no alcanza (salvo pacto en contrario) a los accesorios no fijos y extraíbles, los cuales deberán ser retirados por los usuarios, de modo que si éstos no lo hacen, deberán asumir el riesgo de que les sean robados. Tampoco, sigue, según resulta del artículo 4.d), el titular del aparcamiento responde por robos o daños en el vehículo, si el usuario no ha seguido sus normas e instrucciones respecto al uso y seguridad del mismo.

Código Civil), y la modificación de este régimen habría de valorarse con arreglo a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales acerca de las cláusulas limitativas o restrictivas de la responsabilidad contractual⁹². Ha de tenerse en cuenta, además, que según otros Códigos europeos la responsabilidad del hotelero en este supuesto es ilimitada, como vimos, y no se admite cláusula en contrario (art. 1953 del Código francés, art. 1785 quáter del Código italiano y parágrafo 702a. 1 B.G.B.).

La otra precisión es que, partiendo de la inderogable responsabilidad del fondista por los efectos no considerados valiosos, respecto de los que no se halla obligado a realizar ninguna advertencia, habría que plantear la admisibilidad de las cláusulas que limitan la cantidad a indemnizar por el mismo. En la jurisprudencia no faltan casos en que la discusión gira sobre la limitación a cierta cantidad de la responsabilidad del hotelero. Así, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178) se debatía acerca de la existencia de ciertas pegatinas, adheridas a la caja fuerte individual de la habitación, en las que el hotel avisaba de la limitación de responsabilidad a la cantidad de 500.000 pesetas; el recurso se centra en una cuestión fáctica, esto es, en la efectiva colocación de la pegatina con anterioridad al momento en que se produjo el robo, de manera que hubiera podido ser conocida por el viajero, pero la Audiencia da por presupuesta la validez de la limitación cuantitativa de la responsabilidad del hotelero, pues no se cuestiona la misma. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en los Códigos francés (art. 1953), italiano (art. 1783) y alemán (art. 702) parece que habría que concluir a favor de estos límites a la cantidad a indemnizar⁹³, en aras de la necesidad de hallar el equilibrio adecuado entre derechos y obligaciones de las partes, hotelero y cliente. Pero ante la ausencia de toda norma en nuestro Derecho sobre la cuestión, el establecimiento de dicha limitación habría de ser convencional en todo caso, como por otra parte también se exige en los Códigos extranjeros citados; así, el artículo 1953 francés fija un tope a la indemnización y admite una limitación “convencio-

⁹² Sobre la modificación convencional de la responsabilidad contractual, GARCÍA AMIGÓ, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 321-424; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 615; ÁLVAREZ PLATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998; SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2.ª ed., Pamplona, 2002; DE VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*

⁹³ También en otros sectores se aplican límites cuantitativos, de manera que se fija un tope máximo para la cantidad a indemnizar. Ello es habitual en el sector del transporte, y en cualquiera de sus modalidades (aéreo, marítimo, terrestre, por ferrocarril, nacional o internacional, etc.), cuya normativa específica establece estos límites.

nal” inferior, y el parágrafo 702a del Código alemán sólo admite la renuncia a una cantidad superior a la fijada como límite, renuncia que sólo es efectiva si la declaración del huésped consta por escrito.

Se podría pensar que, tratándose de cosas de poco valor (pues las valiosas se han debido entregar para su custodia o, en caso contrario, el hotel no responde) no tiene mucho sentido limitar la cantidad a indemnizar, pues ésta debería ser muy baja para que beneficiara al hotelero en alguna medida. Ahora bien, la limitación de la cantidad a indemnizar cobra sentido si se tiene en cuenta que, sumando el valor de los diferentes objetos sustraídos (aunque no sean de mucho valor en sí mismos), puede ir elevándose de manera considerable el importe a pagar por el empresario. Y, además, quizá fuera adecuado limitar la cantidad a indemnizar en los casos de sustracción de objetos depositados en la caja individual de cada habitación, como se discutía en la sentencia de la Audiencia de Málaga, con el fin de reducir en alguna medida la responsabilidad del hotelero en un supuesto híbrido, que se halla a medio camino entre el de entrega de las pertenencias para su custodia en la caja fuerte central y el de mera ubicación de los objetos en la habitación.

En conexión con lo anterior, cabe abordar una última cuestión acerca de la necesidad de cumplir las advertencias del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los efectos, a la que se refiere el artículo 1783. Esta exigencia no se debe referir, como hemos explicado, a todo el equipaje del huésped, sino que se debe circunscribir a los objetos valiosos, sobre los que recae la regla administrativa acerca del aviso de su custodia especial⁹⁴. Ahora bien, ¿se cumplen esas prevenciones introduciendo los objetos en la caja fuerte individual de la habitación o es necesario que sean entregados para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento? La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife admitió lo primero en la sentencia de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), pero esta decisión no puede acogerse sin matizaciones. Así, si de lo que avisa el titular del establecimiento es de la necesidad de depositar las cosas de valor en el servicio de custodia central (lo que, por otra parte, claramente especifica el artículo 78 de la norma reglamentaria), esto es lo que habrá de hacerse

⁹⁴ En este sentido se puede citar la SAP de Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076), en la que se discutía si el hotel había hecho las debidas advertencias al cliente sobre la necesidad de depositar en la caja fuerte los objetos de valor, pero al final se viene a concluir que ello es irrelevante en el caso, pues no se trataba de efectos valiosos, sino de un reloj, un teléfono móvil, una riñonera, una cartera, algún dinero y alguna documentación, todo ello valorado en 600 euros.

como presupuesto de la aplicación de un régimen de responsabilidad como depositario profesional. Si, por el contrario, el hotelero no indica nada al respecto o señala las cajas individuales de las habitaciones como medio de asegurar los objetos de valor, bastará con la utilización de éstas, sin que pueda después alegarse una exoneración de responsabilidad por no haberse entregado las cosas para su guarda particular (si bien el régimen de esta responsabilidad sería el explicado para estos dispositivos especiales). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002/44398) se advertía que no constaba que se hubiese ofrecido la caja de seguridad central al demandante, pero “si la parte demandada ofertó como único servicio la caja de seguridad individual de cada habitación, debe responder de la seguridad del hotel que gestiona y dirige [...]”. Asimismo, en la sentencia de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), la Audiencia de Alicante consideraba suficiente la utilización de las cajas de seguridad instaladas en las habitaciones, ante la alternativa que ofrecía el propio hotel, que recomendaba su uso o el del servicio de custodia del establecimiento, no respondiendo en caso contrario. Y, en efecto, pensamos que si el hotel ofrece un dispositivo sustitutivo del central, la caja fuerte individual, para la mayor comodidad de los clientes en los establecimientos de cierta categoría, no puede ser para que después los huéspedes encuentren inconvenientes en su utilización. Sin embargo, ante parecidos hechos, el mismo tribunal de Málaga adoptó en la sentencia de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) un riguroso criterio: tampoco quedó acreditado que se hubiera ofrecido al cliente la posibilidad de utilizar la caja central del establecimiento, pero como “sí ha quedado acreditado que la misma existía”, “correspondía también a los clientes interesar el depósito de efectos en la caja fuerte del hotel, comunicar los que en ella se introducían y el correspondiente recibo, sin que pueda considerarse que las advertencias contenidas en el Directorio o en el folleto propagandístico existentes cuando ocurrieron los hechos pudieran llevar a equívoco a los clientes en cuanto de las limitaciones de la caja de seguridad individual”.

En definitiva, si se han introducido los objetos de valor en la caja individual de cada habitación, el hotelero que no especificó la necesidad de entregarlos en el servicio de custodia general, no podrá decir después que no responde por la sustracción de los mismos por no haberse depositado en la caja central del establecimiento, debiendo entenderse que los huéspedes que así han actuado han observado las advertencias del empresario sobre la seguridad de

sus efectos. Ahora bien, afirmada la responsabilidad del hotelero, quizá fuera más acertado establecer límites cuantitativos que entender que aquélla es ilimitada como en los casos de utilización de la caja fuerte central. La cantidad máxima a indemnizar por el fondista debería ser más elevada que la aplicable a la desaparición de objetos que se hallaban simplemente en la habitación, teniendo en cuenta que se tratará de objetos de valor y que el cliente ha observado las advertencias del hotelero, pero la fijación de un tope máximo puede ser una manera de moderar (junto con la posibilidad de apreciar negligencia en el usuario) la indiscutible responsabilidad del hotelero que también responde cuando se utiliza la caja particular de cada habitación.

V. INDEMNIZACIÓN

Afirmada, cuando así proceda, la responsabilidad del hotelero, se debe indemnizar al cliente. En la jurisprudencia el resarcimiento al viajero ha planteado dos tipos de cuestiones. Por un lado, los tribunales han tenido que abordar los correspondientes problemas de prueba, exigiendo la demostración de la preexistencia en el hotel de los efectos que se dicen sustraídos, así como de su valor. En las resoluciones judiciales no suele requerirse, sin embargo, la prueba del daño en sí⁹⁵, acertadamente a nuestro juicio, puesto que la desaparición de las pertenencias del viajero, y la consiguiente falta de recuperación por éste, es el incumplimiento mismo que ocasiona los perjuicios, de manera que la falta de restitución es el daño mismo⁹⁶; es más, el huésped podrá intentar demostrar la desaparición de sus efectos, pero le resultará muy difícil probar el hecho de la sustracción. Por otro lado, los tribunales han debido afrontar la difícil cuestión del montante de la indemnización, al tener que solucionar en algunos casos si debía resarcirse también el daño moral reclamado y otras cantidades añadidas al simple valor del bien.

⁹⁵ Sólo dos sentencias, las de la AP de Alicante 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634) y la AP de Almería 3 diciembre de 1999 (AC 1999/2576), se refieren a la prueba de la sustracción, entendiendo que ésta no puede quedar acreditada por la denuncia ante la policía.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 688, explica que, aunque la regla general es que la prueba de los daños corresponde al demandante, en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha entendido que el incumplimiento es por sí solo determinante de daños, de manera que el demandante queda exonerado de su prueba. Según MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 237-239, la no restitución de lo depositado, una vez demostrada por el depositante la existencia del depósito y la entrega de la cosa, acarrea por sí misma un daño al depositante que se deduce del incumplimiento, sin necesidad de prueba adicional.

1. PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA Y DEL VALOR

En la jurisprudencia se sostiene que, en orden a la indemnización correspondiente, a los demandantes incumbe la prueba de la preexistencia de los objetos sustraídos en el hotel, bien en la habitación o dependencias del establecimiento, bien en las cajas fuertes.

Ahora bien, respecto de los objetos depositados en la caja fuerte central del establecimiento, la prueba puede venir facilitada por el resguardo proporcionado por el hotelero, en el que ha de quedar individualizado el objeto o ha de hacerse inventario de las cosas entregadas; recuérdese que el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 alude al recibo referente a los objetos que se entreguen para su custodia especial⁹⁷. Será, por tanto, la prueba de las pertenencias ubicadas en las habitaciones o dependencias del establecimiento la que plantee más problemas. Así, no existe una línea jurisprudencial uniforme en la valoración del cumplimiento de esta exigencia, pues las resoluciones judiciales sobre la cuestión se pueden clasificar en dos grupos, que se referirían a posturas contrapuestas.

Así se puede distinguir un conjunto de sentencias que adoptan una posición flexible en relación con la prueba de la preexistencia de lo perdido o sustraído, y que afirman que dicha prueba no debe ser rígida ni convertirse en una prueba diabólica, debiendo ser valorada conforme a parámetros normales de la lógica, siempre teniendo en cuenta la dificultad que conlleva, y dejando «abierta la posibilidad de estimación en línea de racionalidad o falta de pruebas disponibles más contundentes, y, en su caso, de contrapruebas». Para acreditar la existencia en el hotel de las pertenencias robadas, así como, en ocasiones, su valor, se admite la presentación de facturas, la declaración de testigos, los incidentes posteriores al descubrimiento de la pérdida (denuncias⁹⁸, un listado confeccionado justo después de apercibirse de la sustracción, comunicaciones y cartas entre demandante y demandado), la previa tasación pericial de las joyas por la aseguradora del huésped, y, a veces, una valoración aproximada del equipaje en su conjunto (si es éste el que ha sido sustraído), teniendo en cuenta criterios de normalidad (lo que es razonable portar para un viaje de las características del efectuado

⁹⁷ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 371.

⁹⁸ Sobre la conveniencia de la denuncia en los casos de desaparición de objetos introducidos (no entregados) por los clientes en el establecimiento, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 518. Por otra parte, el artículo 1785 ter del Código Civil italiano establece la obligación de denunciar el daño, de manera que, salvo en los casos de culpa del hotelero, si el cliente denuncia la sustracción a éste con retraso injustificado, no podrá exigirle responsabilidad. Asimismo, el parágrafo 703 B.G.B. dispone la extinción de la pretensión indemnizatoria si el huésped no avisa al posadero sin demora, excepto en los casos de culpa del hotelero y en los supuestos de entrega al mismo para la custodia.

por el demandante) y que no es usual que se conserven las facturas de la mayor parte de su contenido. En este sentido se pueden citar las sentencias de la Audiencias Provinciales de Madrid de 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660), de Valencia de 7 de septiembre de 2001 (JUR 2001/313307), de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), de Granada de 10 diciembre de 2003 (AC 2004/122), de Baleares de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) y 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789)⁹⁹, y de Barcelona de 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102). Las sentencias de la Audiencia Provincial de las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557) afirman incluso una presunción de preexistencia, «máxime, como es el caso, en que la denuncia ante la Guardia Civil se presenta al momento inmediato de ocurrir los hechos», y que «los objetos descritos son los habituales que en unas vacaciones se suelen llevar» o que «la valoración total de lo depositado es acorde con la cantidad que dos personas en iguales circunstancias pudieron depositar en la caja de seguridad de la habitación de un hotel de cuatro estrellas durante una estancia vacacional». Y la Audiencia Provincial de Málaga llega más allá en la sentencia de 5 diciembre de 2001 (JUR 2002/44398) al considerar «creíble» que la demandante tenía en depósito en la caja fuerte de su habitación un número de joyas de elevado valor, dada «la categoría y precio del hotel, fechas festivas, y gastos efectuados en el establecimiento hotelero, en conceptos y valores que difieren en mucho de los gastos del ciudadano medio».

Dentro de esta postura amplia, cabe mencionar también la presunción de verdad en la declaración del depositante que aplican algunas sentencias respecto al valor de lo depositado. El artículo 1769.3 ordena estar a la declaración del depositante en cuanto al valor de lo depositado, salvo prueba en contrario, y si la fuerza proviene del depositario. La jurisprudencia ha entendido que esta norma no se refiere sólo al depósito de cosa cerrada y sellada, como sí lo hace el párrafo primero de dicho precepto, sino que contemplaría todo tipo de depósito¹⁰⁰. Y al mandar estar a la declaración

⁹⁹ En esta sentencia se llega a afirmar incluso que es la entidad hotelera la que impide o dificulta la prueba de los hechos al demandante. Se trataba de la sustracción de una moto del aparcamiento vigilado del hotel, y la Audiencia de Baleares entiende que si el hotel hubiera dispuesto de un registro o soporte documental de los vehículos que los clientes depositaban en el garaje, y lo hubiera aportado a autos, la preexistencia del objeto sustraído no presentaría la dificultad probatoria que se evidencia en el presente caso, «en el que exigir al demandante prueba incontestable sobre ello resulta excesivo y debe ser calificada de «diabólica» por la propia conducta de la entidad hotelera que, con su falta de diligencia respecto al servicio que ofrece a sus clientes, es la que impide, precisamente, dicha probanza».

¹⁰⁰ Sin embargo, la SAP de Madrid 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660) consideró que el artículo 1769.3 está pensado para un depósito de cosa entregada cerrada y sellada, y no existe razón para extenderlo por analogía a supuestos distintos.

del depositante, a no haber contraprueba, según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), dispone una presunción de verdad en las afirmaciones del mismo: «la Ley cree en principio en la declaración del depositante, y a falta de prueba, [...] había de estarse a la declaración del robado «siendo persona de buena fama», atendiendo a la calidad de las personas y a las circunstancias del hecho, y atendiendo también a que de otra forma sería las más de las veces imposible la prueba en casos como el de este pleito. Y aunque en el caso ahora discutido no se ha hablado de acción delictiva, sí puede aceptarse una falta, al menos, al deber de fidelidad del depositario»¹⁰¹. La doctrina de esta sentencia es citada y reiterada en las de las Audiencias Provinciales de Granada de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y Las Palmas de 27 de enero 2006 (JUR 2006/155557).

Frente a las anteriores, se puede encontrar otro grupo de sentencias menos benevolentes en la apreciación de los requisitos de prueba. En estas resoluciones los tribunales consideran insuficiente para acreditar la preexistencia en el hotel de los objetos en cuestión, así como su valor, la denuncia ante la Policía, la mera manifestación del demandante, la presentación de facturas que adolecen de alguna irregularidad (falta de sello de la entidad vendedora, falta de coincidencia con la relación de objetos robados, etc.), el dato de no tratarse de objetos de uso habitual y cotidiano de los que normalmente se llevan consigo al permanecer en un hotel, etc. En esta dirección se manifiestan las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante de 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634), de Almería de 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/ 2576), de Valencia de 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), de Madrid de 16 de julio de 2001 (JUR 2002/9125), de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082) de Córdoba de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51496).

Las dificultades de prueba en este ámbito aconsejan, no obstante, una posición transigente, basada en pautas de normalidad, bien sea en general, bien sea en relación con las circunstancias concretas del caso. Como pone de relieve la jurisprudencia antes citada, a propósito de la postura más flexible, la categoría del hotel, las fechas de la estancia o el motivo de la misma, pueden justificar la preexistencia en el hotel de objetos que no serían habituales en otras circunstancias. Ésta es la manera en que se ha operado también en otros sectores paralelos al de los establecimientos hoteleros, como es el de aparcamiento de vehículos y sustracción de éstos o de los objetos contenidos en los mismos, en el que para acreditar la preexistencia

¹⁰¹ *Vid.* sobre la aplicación del artículo 1769 en este caso JORDANO FRAGA, «Comentario...», pp. 374-377.

de estas cosas se ha recurrido a criterios de normalidad y se ha considerado suficiente la denuncia policial, la inmediata reclamación en el propio aparcamiento y la prueba testifical¹⁰². Incluso la Ley de 14 de noviembre de 2002 atribuye la titular del aparcamiento el riesgo de sustracción de los componentes y accesorios fijos del automóvil, pero siempre que «sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en tipo de vehículo de que se trate».

2. INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LOS EFECTOS SUSTRÁIDOS, DEL VALOR DE AFECCIÓN Y DEL DAÑO MORAL

En la generalidad de los casos la indemnización al cliente consiste en el equivalente pecuniario de los objetos desaparecidos. Ésta es la interpretación que en la jurisprudencia se ha dado al artículo 1783, que, efectivamente, sólo se refiere a la responsabilidad por los efectos introducidos en el establecimiento¹⁰³. Por tanto, no se indemniza otro tipo de daño emergente, ni tampoco el lucro cesante, como es propio de la responsabilidad contractual en virtud del artículo 1106. Y si esto es así, llama la atención que los tribunales, a la vez que limitan el resarcimiento a un restringido daño emergente, sin contemplar tampoco la ganancia dejada de obtener, sostengan, al mismo tiempo, insisto, que la responsabilidad del hotelero es más grave o de mayor alcance que la que corresponde al depositario en general.

Creemos que es muy fácil pensar en determinados gastos, encuadrables en el daño emergente a que se refiere el artículo 1106, que el huésped puede verse obligado a afrontar como consecuencia de la desaparición de su equipaje o de algunas de sus pertenencias. Así, si se trataba de objetos indispensables para el cliente, tales como prendas de vestir, utensilios de aseo personal, el ordenador portátil necesario para el trabajo u otros instrumentos profesionales, etc., no cabe duda de que el cliente se verá obligado a la inmediata adquisición de otros que sustituyan a los desaparecidos. ¿Y por qué no se indemnizan estos gastos como ocurriría en la generalidad de los casos? Pero es más, aun tratándose de cosas no tan indispensables, pero sí de enorme utilidad para el huésped, éste puede verse en la necesidad de adquirir otros nuevos inmediata-

¹⁰² GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», p. 171.

¹⁰³ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 581, entiende que la responsabilidad del fondista se traduce en una restitución del valor o restitución en dinero, y que de los artículos 1783 y 1784 no se desprende, al menos con claridad, una responsabilidad por los perjuicios ulteriores que el viajero pueda sufrir por la falta de restitución de sus pertenencias.

mente, originándose nuevos gastos como consecuencia del incumplimiento; podría ocurrir así con el teléfono móvil, con las cámaras fotográficas, ordenadores, etc. Ciertamente, podría pensarse que si ya está previsto que se indemnice el valor de lo sustraído, no se puede indemnizar, además, por el valor de lo adquirido, pues saldría obviamente beneficiado el cliente, a quien se pagarían sus viejas pertenencias y las nuevas adquiridas. Pero no puede perderse de vista que el viajero puede verse abocado a la compra de nuevos objetos para cubrir unas necesidades que ya tenía satisfechas, con el aumento de gastos, aunque sean provisionales, que ello puede implicar.

Podría resultar más difícil, en cambio, pensar en un lucro cesante por la sustracción de las pertenencias de los viajeros. Pero no es imposible si se delimitan los casos. Así, es ciertamente difícil cuando la estancia en el hotel se debe a un viaje de placer, ocio, etc., pues el cliente, como usuario o consumidor, es el destinatario final de los servicios ofrecidos por el hotel. Sin embargo, resulta más fácil en los supuestos de viajes de trabajo o negocios, cuando resultan sustraídos los instrumentos profesionales. ¿Se puede dudar de que la desaparición de los documentos de trabajo, del ordenador portátil, de los utensilios o herramientas necesarios para el ejercicio de la profesión, etc., puede ocasionar un lucro cesante? El profesional que no puede realizar la obra comprometida porque le han robado su maletín de herramientas, o el médico que no puede llevar a cabo las consultas previstas, no sólo sufre un daño emergente, sino también, sin ninguna duda, un lucro cesante. Y si estas partidas no se indemnizan, con base en el artículo 1783, ¿todavía se puede seguir hablando de una responsabilidad agravada del hotelero? Nos parece que no, sino que es, ciertamente, una responsabilidad por riesgo, pero limitada en orden al resarcimiento de los daños.

Volviendo a la indemnización que suelen conceder los tribunales, ya adelantamos que se suele ceñir a los efectos desaparecidos, por lo que la jurisprudencia exige acreditar su valor, como ya hemos visto. Ahora bien, pensamos que el valor que se debe resarcir no es el del momento de la adquisición del bien, que es el que consta en las facturas presentadas por el cliente a los efectos de prueba, ni tampoco el del momento de la reclamación por el viajero, en ambos casos por una sencilla razón: la revalorización o depreciación del bien jugaría a favor y en contra de las distintas partes, según los casos, e incluso si se atendiera al momento de la reclamación por el huésped, éste podría jugar con esta posibilidad en su provecho. De modo que parece más conveniente atender al valor correspondiente al momento de la desaparición o sustracción. Es con relación a ese

tiempo como se debe determinar lo que al cliente costaría adquirir un bien de iguales o similares características al desaparecido, teniendo en cuenta, por tanto, no sólo el aumento de valor producido desde su adquisición, sino también su posible depreciación o deterioros¹⁰⁴. Y sin olvidar, por otra parte, que la deuda de indemnización de los daños contractuales es una deuda de valor¹⁰⁵.

Por otra parte, la indemnización concedida por los tribunales en algunos casos no se ha limitado al valor del objeto sustraído, sino que ha comprendido, además, el valor de uso o valor de afección. Ocurrió así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789), en relación con la sustracción de una moto del garaje vigilado del hotel: el tribunal entendió, de acuerdo con jurisprudencia anterior de la propia sala, que cuando se trata de indemnizar un vehículo usado por su propietario para su servicio y comodidad, la cuantía del mismo no puede limitarse a su valor venal, sino que a éste ha de añadirse el valor de uso o valor de afección, el cual se obtiene aplicando un porcentaje (en el caso, un 20 por 100) sobre el valor venal acreditado¹⁰⁶. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 diciembre de 2003 (AC 2004/122), a propósito de la desaparición del equipaje entregado en recepción e introducido en un autobús por error, al tratar de fijar el importe a indemnizar, consideró que «con independencia del estricto valor material de reposición, hay un valor de afección y molestias que también podrán tenerse en cuenta a este efecto».

Compartimos el criterio de ambos tribunales, en cuanto conceden una indemnización que no se limita al estricto valor de lo sustraído, de acuerdo con cuanto hemos explicado anteriormente acerca de la necesidad de resarcir ciertos daños, además de indemnizar el valor de las pertenencias desaparecidas. Ahora bien, discrepamos de ambas sentencias en el recurso a un valor de uso o valor de afección, pues este valor no es sino un daño emergente o un daño moral, en función de los casos. Así, si con ese valor de uso o valor de afección los tribunales se quieren referir a los gastos que ocasiona la privación del vehículo propio (la necesidad de utilizar el servicio de taxi, autobús, tren, etc.), o la desaparición de todo el equipaje del viajero (la inmediata adquisición de otros que sustituyan, por lo menos, los más imprescindibles), estaríamos ante un daño

¹⁰⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 239-242.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 691; CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1106», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Madrid, 1989, p. 703 ss.

¹⁰⁶ Así, en el caso se pasó de una indemnización de 12.660 euros por el valor venal de la moto, más 578 euros en concepto de extras o equipamientos, a una indemnización de 15.992 euros, añadiendo el valor de uso o de afección.

emergente. Si, en cambio, con el mencionado valor los tribunales quieren aludir al desasosiego, inquietud, angustia, ansiedad, etc., que origina la desaparición de las pertenencias, nos hallaríamos ante un daño moral, entendido en sentido amplio. Quizá los tribunales traten de comprender ambas cosas bajo el vago concepto de valor de uso o valor de afección, aunque en un caso se trate de daños patrimoniales y en el otro de daños extrapatrimoniales.

Otras sentencias, sin embargo, no se refieren a este valor de uso o de afección, determinado por las incomodidades o molestias que ocasiona la sustracción del bien, sino al daño moral experimentado por el huésped cuyas pertenencias desaparecen¹⁰⁷. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) admitió la indemnización por daño moral (100.000 pesetas) reclamada por la demandante, por las molestias, tensiones y angustia que los hechos provocaron a la misma (el robo de joyas y dinero por valor de 965.000 pesetas), de tal manera que se convirtió en infierno lo que estaba previsto que fuera un viaje de placer; la Audiencia reconoce, no obstante, que resulta muy difícil la traducción económica del daño moral, que debe ser cuantificado, por ello, de modo prudencial en orden a la resolución del conflicto en términos económicos convencionalmente aceptados. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789) concedió una indemnización por daño moral de 1.000 euros, considerando desproporcionada la cantidad de 3.000 euros que solicitaba la demandante; se trataba del robo de la moto del aparcamiento vigilado del hotel y el tribunal sostiene que resulta innegable, por notorio, que la persona que se privada de su vehículo, con el que se ha desplazado fuera de su lugar de residencia, se ve abocada a padecer una serie de molestias y preocupaciones que resultarían inexistentes de no haberse causado el daño, y que provocan sentimientos de impotencia, ansiedad, zozobra, etc., que deben ser objeto de la correspondiente indemnización¹⁰⁸.

¹⁰⁷ No reconoce una indemnización en este concepto, en cambio, la SAP de Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082). Se había robado un portafolios con documentos de trabajo y el demandante reclama una indemnización por los daños y perjuicios derivados de los trastornos en la organización de la empresa. El tribunal rechaza la petición porque no existía el más mínimo indicio ni del motivo ni de en qué consistían tales trastornos. Quizá se tratara, pensamos nosotros, no de meros trastornos, sino de un lucro cesante, producido por la desaparición de material de trabajo; no obstante, también en ese caso debería acreditarse.

En la SAP de Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) tampoco se admite la indemnización de los daños morales, pero simplemente porque no se aporta ningún dato que permita evaluarlos económicamente.

¹⁰⁸ También se ha indemnizado el daño moral ocasionado por la desaparición del equipaje en el ámbito del transporte aéreo. La SAP de Alicante 7 de octubre de 2004 (AC 2004/1995) ante la pérdida de las maletas de una familia que viajaba a Italia y que no

La indemnización del daño moral contractual también requiere cierto comentario¹⁰⁹. Estas sentencias se adhieren a una línea jurisprudencial que ha mantenido un concepto amplio del daño moral en orden a admitir su resarcimiento. Así, si bien los tribunales no dudan hoy en admitir la indemnización de este tipo de daños en el marco de la responsabilidad contractual, algunos, aunque minoritarios, son algo más restrictivos al perfilar la noción de daño moral. En la doctrina pueden distinguirse también, y aún con más nitidez, dos posiciones acerca de la indemnizabilidad del daño moral contractual, más flexible o más rígida en relación con el concepto mismo, identificándolo, respectivamente, bien con la angustia, el desasosiego, la intranquilidad, la zozobra, la ansiedad, etc., bien con la lesión a los derechos de la personalidad. De manera que, aunque en las sentencias arriba mencionadas no se titubea en la indemnización del daño moral por acogerse al sentido más amplio del mismo, el resarcimiento a los viajeros por las molestias o «sentimientos» que la desaparición de sus pertenencias les ha provocado no es incontestable.

las recuperó hasta cinco días después, consideró que ello «acontecido en un país que no era el de su residencia habitual y en plenas fiestas navideñas, se estima, hubo de producir una considerable tensión y un profundo malestar ante la apresurada necesidad de realizar una apresurada sustitución de sus ropas y demás artículos de primera necesidad, añadida a la incomodidad de tener que reiterar quejas y reclamaciones, como, en fin, de dedicarse a la búsqueda y persecución de sus pertenencias en un tiempo vacacional cuyo disfrute desde luego, puede fundadamente presumirse, quedó notablemente frustrado [...]»; «es sabido, por lo demás, que la jurisprudencia ya ha admitido en el concepto «daño moral» la pérdida de objetos materiales (STS 19 octubre 1996 [RJ 1996/7508]), pérdida que en este caso se produjo, aunque lo fuera de modo temporal, y los padecimientos de índole psíquica (SSTS de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4089] y 19 de octubre de 1996 [RJ 1996/7508]), entre los que se encuentra la ansiedad, nerviosismo y desasosiego propios de una situación como la de autos».

La SAP de Madrid 18 de febrero de 2005 (AC 2005/428), también ante un retraso en la recuperación del equipaje, y tras exponer una extensa doctrina acerca del daño moral, declaró, por lo que a nosotros nos interesa, que «no cabe duda que los supuestos de retraso en la entrega de equipajes, como sucede en el presente caso, al margen de generar en los pasajeros una serie de gastos materiales tales como la urgente necesidad de proveerse de algunas ropas, ocasiona también una serie de molestias que implican perturbación en su ánimo, incomodidades, preocupaciones [...]».

La SAP de Valencia 20 de junio de 2005 (AC 2005/1174) entendió, para un supuesto de extravío de maletas, que «la acreditación del daño moral que al demandante implicó la pérdida durante toda la estancia en el extranjero de su equipaje y su falta absoluta de disposición de vestimenta y objetos de uso personal, resulta no sólo evidente sino además acreditada con la prueba testifical practicada [...]».

¹⁰⁹ Vid. CARRASCO PERERA, «Comentario...», p. 699; PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS 15 de febrero de 1994», *CCJC*, 1994, núm. 35, p. 569; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 687, y *Derecho de daños*, p. 324; MARTÍN CASALS-SOLÉ FELIÚ, «Comentario a la STS 31 de octubre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 61, p. 245; ESPIAU ESPIAU, «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003, p. 1789; RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, 2003, II, p. 829, e «Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)», *RdP*, 2006, núm. 16, p. 277; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Pamplona, 2006.

En este sentido, algunas voces se han alzado contra la admisión indiscriminada de este tipo de daños por los tribunales, y postulan la introducción de ciertos límites mediante diversas vías, una de las cuales consistiría precisamente en una delimitación más precisa de la noción de daño moral¹¹⁰. El otro camino en orden a la imposición esos límites en la indemnización del daño moral contractual, cuya aplicabilidad al caso de la responsabilidad de los hoteleros puede excluir la obligación de éstos de resarcirlo, consiste en la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual. En efecto, si bien no existe unanimidad en la doctrina acerca del concepto, sí hay coincidencia, en cambio, en la necesidad de aplicar las mencionadas normas y, en concreto, el artículo 1107. Todos los autores suelen requerir que, de acuerdo con este precepto, el daño moral fuera previsto o previsible para el deudor y, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. La previsibilidad del daño implica averiguar si la prestación comprometida en la relación obligatoria, habida cuenta de la finalidad de ésta, imponía al deudor un deber de protección o de diligencia para evitar el daño moral. Es posible que la prestación principal no se dirigiera a tutelar intereses extrapatrimoniales, pero, aún así, es posible que el daño moral fuera razonablemente previsible, teniendo en cuenta, además, que el contrato ha de integrarse de acuerdo con el artículo 1258, y que por tanto, obliga a lo pactado, por supuesto, pero también a deberes o prestaciones complementarias o accesorias, derivadas de la buena fe o de los usos.

Aplicando estos requisitos a la responsabilidad del fondista por la desaparición o sustracción de los efectos de los viajeros, puede dudarse de que aquél esté obligado a reparar el daño moral. Lo que genera el incumplimiento, bien sea de una obligación de custodia esencial, bien sea de una obligación de guarda accesoria, es, indudablemente un daño patrimonial. También pueden originarse ciertas molestias, inquietudes o ansiedad en el huésped, que son consecuencia necesaria del incumplimiento. Ahora bien, la prestación comprometida en la relación de hospedaje ¿incluía deberes de diligencia tendentes a evitar este sufrimiento? Creemos que la respuesta pasa necesariamente por distinguir, como siempre, los dos tipos de supuestos que pueden plantearse, pues aunque las circunstancias particulares de cada caso impongan en alguna ocasión algún replanteamiento de lo que a continuación se expone, en general puede admitirse que no son iguales los deberes comprometidos cuando se ha pactado un depósito de concretos objetos (supuesto

¹¹⁰ Insiste acertadamente en la necesidad de imponer ciertos límites a la indemnizabilidad del daño moral contractual RODRÍGUEZ GUTIÁN, *idem*.

de entrega para la custodia en cajas fuertes), que cuando lo único acordado es simplemente el hospedaje y las pertenencias del cliente han sido meramente introducidas en el hotel (supuesto de efectos ubicados en las habitaciones o dependencias comunes del establecimiento).

Así, en el caso de sustracción de objetos depositados en las cajas fuertes nos parece algo más clara la obligación del hotelero de indemnizar el daño moral. Partiendo de que se ha pactado un servicio de custodia cualificado, que obliga a prestar un mayor nivel de diligencia, y considerando que lo entregado para su guarda particular serán los objetos de mayor valor (joyas y cantidades elevadas de dinero, sobre todo), se puede entender comprometido en el contrato de depósito celebrado un deber de prever o de evitar el malestar o padecimiento que ocasionará la pérdida de aquellos efectos, cuyo propietario ha adoptado la precaución de pactar un cuidado especial de los mismos. Hay que tener en cuenta, además, que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que deriven de los usos y de la buena fe (art. 1258), y ya hemos tenido ocasión de explicar a lo largo de este trabajo la relevancia de los usos y de la buena fe en el sector hotelero. De manera que pactada una vigilancia especial de los objetos que el cliente considera de mayor valor, o que tiene en su más alta consideración, y que quiere especialmente cuidar y preservar de ciertos riesgos, es fácil considerar implícito un deber de resarcir el sufrimiento que la sustracción de estas pertenencias ocasionará al cliente.

La conclusión debe ser distinta, sin embargo, para los objetos meramente introducidos en el hotel, es decir, para los que se hallan en las habitaciones o dependencias del establecimiento, en relación con los cuales el hotelero sólo debe una prestación accesoria de custodia que no parece comprender deberes de diligencia en relación con daños morales. Ciertamente, no es razonable imponer al titular del establecimiento los daños no patrimoniales que ocasione la desaparición de los objetos que ni siquiera su propietario ha cuidado de forma especial. De los usos o la buena fe dimanar deberes, principales o secundarios, para el hotelero, pero también para el huésped, a quien puede ser exigible adoptar ciertas precauciones en relación con sus pertenencias, sobre todo cuando se halle en los espacios comunes del establecimiento o cuando el gran valor de los objetos haga a todas luces aconsejable su introducción en una caja de seguridad. Por otra parte, es obvio que todo incumplimiento contractual en general origina perjuicios, molestias o incomodida-

des¹¹¹, pero el daño indemnizable ha de ser de cierta entidad, so pena de reclamaciones de daños morales ridículas o irrisorias¹¹².

VI. ¿SE APLICAN LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784 A OTRO TIPO DE ESTABLECIMIENTOS?

Una de las cuestiones tradicionalmente tratadas por doctrina y jurisprudencia es la de la aplicación extensiva de los artículos 1783 y 1784. Se ha planteado si es posible su aplicación a establecimientos distintos de los hoteles, en los que se produce la misma o similar afluencia de público, y es idéntico o parecido el riesgo de desaparición de las pertenencias de los clientes, visitantes o asistentes. La lista de locales para los que se puede plantear el problema puede ser muy larga, pues basta con pensar en los de recreo o esparcimiento, como ha sido lo usual, a los que se podría añadir otro tipo de establecimientos, como, por ejemplo, los hospitales¹¹³. Ante esa diversidad, lo único que pretendemos en estas líneas es trazar las líneas básicas de solución del tema, pues el análisis pormenorizado del mismo requeriría examinar la concreta normativa sobre cada tipo de local.

Otros Códigos, como el italiano, han solucionado expresamente esta cuestión, disponiendo la aplicación de la normativa sobre responsabilidad de los hoteleros a establecimientos similares, y citando en concreto los hospitales, los locales de espectáculos públicos, los balnearios, las pensiones, los restaurantes y cochescama (art. 1786). En España, ante la ausencia de norma parecida, la doctrina suele enfrentar, básicamente, dos argumentos contrapuestos al abordar este tema. Uno es el del carácter excepcional de la responsabilidad que se regula en los artículos 1783 y 1784. Frente al mismo, se hallaría el propio fundamento de estas normas, que permitiría su aplicación siempre que se trate de establecimientos con libre afluencia de público, en los que el cliente no puede con-

¹¹¹ Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual...», p. 832, siempre que hay un incumplimiento contractual, el acreedor sufre un disgusto, una intranquilidad y una ansiedad, puesto que tenía unas expectativas claras que son frustradas por el comportamiento del deudor. Pero, sigue esta autora, si se identifica el daño moral con el mero dolor o ansiedad por la frustración de las expectativas, todo incumplimiento contractual generaría este tipo de daño y la reparación sería prácticamente automática.

¹¹² GÓMEZ CALLE, «El contrato de viaje combinado», Madrid, 1998, p. 250; RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual...», p. 844, e «Indemnización del daño moral contractual...», pp. 284-285.

¹¹³ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 168, se refiere de manera particular al caso de los hospitales.

trolar en todo momento sus pertenencias. Nosotros pensamos que este último argumento debe ser el determinante, pues la situación que dichas normas contemplan puede concurrir en locales distintos a los hoteles, y creemos que, más que el tipo de establecimiento, es el riesgo de sustracción el objetivo de la regulación; a ello se añadiría que en líneas anteriores hemos rechazado que la responsabilidad del hotelero sea agravada y, por eso, excepcional. Por tanto, la posible solución del problema pasa, de acuerdo con las ideas expuestas a lo largo de este trabajo, por distinguir no tanto el tipo de local o establecimiento, sino más bien si se da una de estas dos situaciones: *a*) concurre el peligro de desaparición de los efectos de los clientes (tratándose entonces de una responsabilidad objetiva por riesgo propio del empresario, similar a la prevista en los artículos 1783 y 1784), *b*) se ha pactado una obligación de custodia especial, tratando de evitar aquel peligro, mediante la entrega al profesional de determinados objetos (hallándonos entonces ante una responsabilidad contractual regulada por las normas generales). Todo ello con un matiz, que se añadirá si el tipo de establecimiento, la naturaleza del contrato y las circunstancias de caso lo hacen aconsejable, consistente en atender al principio de equivalencia de las prestaciones y en no imponer a una de las partes obligaciones o deberes excesivos en relación con los de la otra, lo que puede venir determinado, en ocasiones, por los usos.

Así pues, los artículos 1783 y 1784 no se aplicarán a guardarropas de otros locales, como restaurantes, salas de fiestas, etc., porque en ese caso estamos ante un depósito voluntario¹¹⁴, que cabría equiparar a la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel. Si para este último supuesto hemos descartado la aplicación de los artículos 1783 y 1784, por no concurrir el riesgo inherente al carácter público del establecimiento, tampoco puede postularse para la entrega de objetos (abrigos, bolsos, etc.) en el servicio de guardarropa de otros locales, puesto que también en este caso las partes han tratado de excluir el peligro de sustracción de sus pertenencias, adoptando ciertas precauciones al efecto. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), aplicó los artículos 1783 y 1784 a un caso de entrega de las pertenencias para su custodia particular: los demandantes, que regresaban de un viaje y fueron a comer al Casino, dejaron su equipaje a cargo del botones o encargado del servicio de conserjería; la Audiencia aprecia una clara

¹¹⁴ Así, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 139, considera verdaderos depósitos los supuestos de entrega de prendas en guardarropas y, en general, los casos de hostelería con servicio específico de custodia.

similitud del supuesto enjuiciado con el contemplado en los artículos mencionados, por lo que considera que procede su aplicación analógica. Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660), en relación con la pérdida de un abrigo entregado en el guardarropa de una discoteca, se muestra confusa en este punto, pues si bien sostiene, por una parte, que la relación jurídica que ligó a las partes en litigio fue la de depósito (art. 1758) y condena a indemnizar con base en los artículos 1101 y 1108, también mantiene, por otra parte, que el contrato se podría calificar incluso como depósito necesario (art. 1783), equiparando la discoteca a un mesón, y haciendo responsable de la pérdida del abrigo a la sociedad demandada, salvo que ésta acreditase fuerza mayor; y termina alegando que la cuestión resulta indiferente pues la responsabilidad debe ser imputada a la sociedad explotadora de la discoteca con base en el artículo 1183 CC.

A *contrario*, cuando se trate de la pérdida de efectos meramente introducidos en el local, sin adoptarse ninguna medida de seguridad especial mediante un depósito *ad hoc*, cabe postular la aplicación de los artículos 1783 y 1784, por constituir estos hechos el supuesto de dichas normas. Así lo entiende la mayoría de la doctrina, considerando que se trataría de la responsabilidad por riesgo que disponen esos preceptos¹¹⁵. Y así lo consideró también la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de septiembre de 2001 (JUR 2001/313307) a propósito de la desaparición del abrigo de visión de una invitada al banquete nupcial que tenía lugar en determinado establecimiento: la demandante dejó el abrigo en unos percheros habilitados al efecto, pues no existía en el local un servicio especial de guardarropa, por indicación de los empleados, y el

¹¹⁵ BONET CORREA, pp. 39-40, mantiene que el régimen del Código Civil se aplica a todos aquellos locales que ejerzan una industria al público, por una razón de analogía y por otras referentes al riesgo profesional de la industria, al ofrecerse tácitamente por el empresario porta-objetos y guardarropas dentro del local; entonces, explica, el propietario del café o local es responsable de la custodia de los objetos, puesto que el uso del local por parte de los clientes casi no se concibe sin la posibilidad de despojarse de los propios indumentos.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 519, se muestra partidario de extender el régimen legal a todos aquellos casos en que, con arreglo a buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia por parte del titular del establecimiento público en que aquella se presta. Este autor establece, además, los siguientes principios generales para la aplicación extensiva del régimen de los hoteleros: 1) que se trate de una actividad debitoria principal organizada en forma empresarial o profesional; 2) que esa actividad comporte la asistencia y circulación de público en el establecimiento o lugar en que se presta; 3) que la naturaleza de la prestación sea tal que suponga para el cliente la necesidad de descuidar o la dificultad para custodiar cosas introducidas por necesidad o costumbre en el establecimiento, unido a la mayor facilidad del deudor-empresario para tal custodia.

Exponen diferentes opiniones doctrinales DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 143, y MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 167, mas parece que se decantan por la aplicación extensiva de los artículos 1783 y 1784 siempre que se trate de establecimientos abiertos al público

tribunal estima la responsabilidad del titular del establecimiento aplicando, sin más, los artículos 1783 y 1784, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989. (RJ 1989/5598).

Sin embargo, la sentencia de 23 de mayo de 2003 (JUR 2003/268094) de la Audiencia Provincial de Asturias sostuvo lo contrario, al enjuiciar un caso de sustracción de un abrigo de piel colocado, por indicación de un camarero, en una silla (por hallarse totalmente ocupado el perchero) de una dependencia contigua al comedor del hotel al que acudió a cenar la demandante. La Audiencia considera acertadamente que no existió un depósito voluntario, por cuanto no hubo propiamente entrega del abrigo, sino una mera indicación de un empleado del hotel del lugar donde podía dejarlo durante la cena; «otra cosa sería si hubiese existido un servicio de guardarropa, como el que en ocasiones se establece, por el que un empleado se hace cargo de las prendas entregando al depositario una suerte de recibo, normalmente con un número, que presentado con posterioridad servirá para la restitución de la prenda». No existiendo depósito voluntario, la cuestión es, sigue la Audiencia, si los hechos pueden subsumirse en los artículos 1783 y 1784, y la respuesta debe ser negativa, «por cuanto en la citada regulación subyace una razón de necesidad que no concurre en el caso de autos». Según el tribunal, dichos preceptos sólo son aplicables a los viajeros, porque sólo en ellos concurre la razón de necesidad que es fundamento de la norma, pues son los únicos que por fuerza han de dejar sus efectos en el lugar donde se alojan; por eso, la responsabilidad de los hoteleros aparece normalmente ligada al contrato de hospedaje. «Lo que sí resulta tanto de la letra como del espíritu de la Ley es que el depositario debe encontrarse en una situación de necesidad análoga a aquella en la que se encuentra el viajero. Por ello algún comentarista de principios de siglo pasado (*Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 10.º, página 814) ya decía que no alcanza la responsabilidad por este concepto a los dueños de cafés, restaurantes, billares, casinos, teatros y toda clase de centros de recreo por los abrigos, etc., que se dejen en los vestuarios, pues ninguna necesidad tienen los asistentes de utilizar estas dependencias». Trasladada la anterior doctrina al caso de autos, termina la Audiencia, las pretensiones de la actora no pueden prosperar, por cuanto ni ostenta la condición de viajera, ni se encuentra en situación similar a la del viajero, ni existe contrato de hospedaje; antes al contrario, la demandante acude a una cena en su lugar de residencia, que se celebra en un hotel que no presta servicio de guardarropa, y por más que le fuera indicado por un empleado del hotel que dejara el abrigo en la dependencia en cuestión, la demandada no estaba obligada a proporcionar un lugar para los abrigos, ni la actora

tenía necesidad alguna, si no se quiere equiparar ésta a la mera incomodidad, de dejar ahí el suyo. En fin, concluye la sentencia, no cabe hacer responsable al hotel de la pérdida o sustracción de la prenda.

No podemos compartir la doctrina de esta sentencia, por cuanto también podría tratarse de mera incomodidad, y no tanto de necesidad, el que los clientes de los hoteles tengan que llevar consigo ciertos objetos (por ejemplo, el dinero, las joyas, cámaras fotográficas, etc.); además, la misma necesidad concurre cuando se trata de viajeros, respecto de los efectos indispensables para viajar, que cuanto se trata de personas que utilizan establecimientos abiertos al público en su lugar de residencia, en relación con sus prendas de vestir o los complementos habituales, prácticamente indispensables también (por ejemplo, el abrigo, el bolso o la cartera). Por otra parte, creemos que el fundamento del régimen de responsabilidad contenido en los artículos 1783 y 1784 no se halla tanto en el carácter necesario del depósito, sino en el carácter público del establecimiento y de la actividad que se presta en el mismo, propicio para el continuo trasiego de personas y para el consiguiente peligro de sustracción de las pertenencias de los clientes. La existencia de un depósito necesario, esto es, la introducción de sus efectos por los clientes, que los dejan en el interior del establecimiento, forma parte del supuesto de hecho normativo, y la *ratio* de las normas se halla en el riesgo de desaparición de los efectos de los clientes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) tampoco consideró aplicables los artículos 1783 y 1784 a un caso de sustracción del bolso de la clientela de un restaurante, considerando determinante en dichos preceptos el «dato de cierta permanencia temporal», que, por ello, imponga la obligación de vigilar y atender viajeros y equipajes. El tribunal estima que difícilmente pueden resultar de aplicación aquellas normas, atendida la naturaleza del establecimiento, la colocación de la actora (en la barra del restaurante, consumiendo ciertos productos, con el bolso colgado en uno de los ganchos de la barra a la altura de sus rodillas, de forma que no salió de su ámbito de disposición o posesión), sin que los dependientes pudieran adoptar medida alguna para evitar el evento (por no estar a su vista, ni constar que se pusiera en su conocimiento la colocación en el gancho), «sin que proceda la imposición de deberes sobredimensionados en relación a la auténtica naturaleza y finalidad del contrato que vinculaba a las partes, máxime cuando se trata de un local con un flujo constante de personas, sin ese elemento de permanencia, que precisamente imponía un especial deber de diligencia».

En esta sentencia se pueden encontrar algunos argumentos plausibles, pero también otros rechazables. Así, no se puede aceptar que la nota de la permanencia temporal sea determinante para la aplicación de los artículos 1783 y 1784, porque estos preceptos se refieren a los efectos «introducidos», y, sobre todo, porque con base en dichas normas se ha afirmado la responsabilidad del hotelero incluso antes de contratarse el hospedaje, desde el momento mismo en el que el posible cliente entra en el establecimiento, supuesto que carece obviamente de aquel elemento de permanencia. Sin embargo, nos parece acertada la idea de excluir deberes sobredimensionados para una de las partes, atendida la naturaleza y finalidad del contrato; es más, la naturaleza y finalidad del contrato, junto con el tipo de establecimiento y las circunstancias del caso, pueden determinar que no exista un deber de custodia, ni siquiera accesorio o secundario, sobre las pertenencias del numeroso público que entra en el local. Ya vimos que los usos en el sector de que se trate (hoteles, restaurantes, bares o cafeterías, etc.) son determinantes en el establecimiento de obligaciones en este ámbito, y es forzoso reconocer que no son iguales los usos en relación con un hotel, que los usos respecto a un bar en el que el trasiego de público es todavía más incontrolable.

VII. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA SUSTRACCIÓN DEL VEHÍCULO O DE LOS EFECTOS CONTENIDOS EN ÉL

Mención especial merece un supuesto particular, por las peculiaridades que presenta, como es el del robo del vehículo o de las pertenencias que los viajeros dejan en el interior del mismo. En principio, el garaje del hotel no es sino una dependencia del establecimiento, por lo que parece que la sustracción del coche o de los objetos dejados dentro debería recibir el mismo tratamiento que la desaparición de efectos que se hallaban en las habitaciones o espacios comunes del hotel. Sin embargo, las peculiaridades de las situaciones que pueden presentarse requiere distinguir tres grupos de casos, en una clasificación paralela a la que se ha trazado en este trabajo, separando los supuestos de estacionamiento en el aparcamiento vigilado o cerrado del hotel (equiparables a los de custodia en caja fuerte), de los de estacionamiento en el recinto abierto del establecimiento (reconducibles a los de mera introducción de obje-

tos en dependencias comunes)¹¹⁶, y los de robo de los objetos que se hallaban en el interior del vehículo (tercer grupo al que habrá que aplicar también la anterior distinción, atendiendo al lugar en que el coche estuviera aparcado).

Con anterioridad a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, sobre protección de los consumidores y usuarios, era evidente que al estacionamiento del automóvil en el aparcamiento del hotel no resultaba aplicable la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, cuyo artículo 2.b) excluía de su ámbito de aplicación los estacionamientos que se realicen en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones, o que sean gratuitos. Si bien el aparcamiento en el correspondiente recinto del hotel suele ser oneroso, por lo que no quedaba excluido de la aplicación de esta ley por esa causa, está claro que el local es accesorio o dependiente del establecimiento hotelero, lo que impedía la aplicación de la Ley de 2002. Era, por tanto, un problema a resolver de acuerdo con los artículos 1783 y 1784, únicos que en nuestro ordenamiento se referían a la responsabilidad del hotelero por la sustracción de las pertenencias introducidas en el establecimiento por el cliente.

Ahora bien, la citada Ley 44/2006 de protección de los consumidores y usuarios ha introducido una reforma en el ámbito de aplicación de la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, con el fin de ampliarlo y extenderlo a todas las actividades de estacionamiento realizadas en el marco de una actividad empresarial o profesional, según se explica en la Exposición de Motivos. Con este objetivo ha modificado el apartado b) del artículo 2 de la Ley 40/2002, de manera que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los estacionamientos no retribuidos directa o indirectamente, pero ha suprimido la exclusión de aquellos estacionamientos en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones. Por consiguiente, de acuerdo con la finalidad descrita, y teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación se quiere extender a actividades de estacionamiento «en el marco de», y no «como», una actividad empresarial o profesional, la conclusión no puede ser otra que la inclusión de los aparcamientos de los hoteles en el ámbito de aplicación de la Ley de 2002. No obstante, todavía queda una vía para escapar a esta aplicación, consistente en no cobrar retribución alguna por el estacionamiento, ni directa (cobrándolo de manera independiente), ni indirectamente (repercutiendo su precio en la tarifa global del hospedaje). Por

¹¹⁶ También traza esta distinción JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 510.

medio de la misma se evitará la sujeción a la Ley de 2002 de algunos estacionamientos en recintos dependientes de otras instalaciones, puestos a disposición de los clientes para su mayor comodidad. Con lo cual, parece que quedará a elección del empresario o profesional la aplicación de la Ley sobre el aparcamiento, cobrando o no. En el sector hotelero hay que tener en cuenta que existen normas de índole administrativa que obligan a los establecimientos de cierta categoría a contar con un aparcamiento entre sus instalaciones, de manera que, si necesariamente han de contar con un local al efecto, todavía les queda la posibilidad de decidir si su utilización será gratuita o no y si quedan sometidos al régimen de la Ley especial o no.

El dato que decide la aplicación del Código Civil o de la Ley sobre el contrato de aparcamiento es, pues, como decimos, la onerosidad del contrato, pero, si se analiza detenidamente, ello no tiene tanta trascendencia práctica como a simple vista pudiera parecer, pues no son tan lejanos y diferentes los regímenes derivados de cada una de esas normativas. En efecto, en ambos casos el empresario responde por el robo del vehículo y por los objetos depositados en el servicio especial de custodia, y deja de responder cuando, desobedeciendo las advertencias del titular del establecimiento, el cliente no entrega en ese servicio los objetos que después son sustraídos [art. 3.1.c) y artículo 3.2 de la Ley reguladora del aparcamiento, y normas del contrato de depósito del Código Civil]¹¹⁷. En este sentido, en la sentencia de 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038) la Audiencia Provincial de Tarragona, aunque descartaba la aplicación de la Ley de 14 de noviembre de 2002 al caso, dada la exclusión de su artículo 2.b), afirmaba la posibilidad de valorarla en supuestos análogos, «concretamente respecto de los hoteleros, en el aparcamiento accesorio al hospedaje, porque la responsabilidad del titular del hotel, que presta servicio de aparcamiento como accesorio del hospedaje, no puede ser más amplia que la establecida para este negocio, y, además, coincide sustancialmente con la regulación específica del artículo 1783 CC que les impone la responsabilidad siempre que medie conocimiento de los efectos introducidos en el hotel y observancia de las prevenciones dadas sobre cuidado y vigilancia».

No obstante, alguna diferencia se puede apreciar entre ambos regímenes, consistiendo la principal en la diversa imputabilidad del daño al empresario, que es objetiva en la Ley de 2002 y sería sub-

¹¹⁷ Aunque para componentes, accesorios y otros objetos se han establecido reglas que colocan al usuario en peor situación que la que le venían reconociendo las Audiencias Provinciales. *Vid.* GOMÉZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...».

jetiva en el régimen del Código Civil, de acuerdo con las normas generales sobre responsabilidad contractual, aplicables en los casos de depósito voluntario. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la elevación del nivel de diligencia exigible a los profesionales reduce considerablemente la prueba de la diligencia, consiguiéndose un alto grado de objetivación de la responsabilidad, se puede concluir que no hay tanta distancia entre el régimen de la Ley especial y el aplicable al empresario o profesional según el Código Civil (art. 1104); en ambos casos, el titular del establecimiento responde porque se le atribuyen los riesgos propios de la actividad profesional que desarrolla¹¹⁸. Otra diferencia es que en la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos no se establecen preceptos diversos por el valor de los objetos, como resulta de la combinación del Código Civil con la Orden Ministerial de 1968 en el sector hotelero, sino por la separabilidad de las cosas respecto del coche. Y, finalmente, constituye rasgo distintivo de la Ley 40/2002 una regulación más detallada sobre las obligaciones de las partes y consiguiente responsabilidad que la contenida en el Código Civil¹¹⁹.

El aparcamiento en el recinto destinado al efecto aparece como inevitable en el sector hotelero. La introducción del automóvil en el aparcamiento por los clientes es necesaria como presupuesto de la responsabilidad del fondista, y los huéspedes pueden verse conminados a ello, a la vista de las advertencias (que el hotelero ha de realizar) sobre la ausencia de responsabilidad si los objetos de valor no son entregados para su custodia. No se puede perder de vista que se trata de un aparcamiento accesorio de otras instalaciones, las del hotel, de manera que hay que atender a lo que en este ámbito se dispone para las pertenencias de los clientes.

Nos parece que el automóvil o la moto del cliente puede ser considerado uno de esos objetos valiosos de los que el hotel no responde si no se observan las prevenciones realizadas a los clien-

¹¹⁸ Al respecto, véase *supra*, III. 2.

¹¹⁹ GARCÍA CANTERO, «El contrato de aparcamiento (notas de urgencia sobre una Proposición de Ley)», *AC*, 2000-5, LXII, p. 1481; CORDERO CUTILLAS, «Comentario a la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *AC*, 2003, núm. 22, XXXIV, p. 561; GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (Ley 40/2002, de 14 de noviembre)*, Granada, 2003; LÓPEZ BARBA, «Consideraciones sobre la nueva Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RdP*, 2003, núm. 10, p. 101; MARTÍ SÁNCHEZ, «Algunos aspectos del contrato de aparcamiento (examen urgente de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre)», *La Ley*, 2003-1, D-37, p. 1663; MARTÍN SANTISTEBAN, «Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RdP*, 2003, núm. 10, p. 95; DÍAZ GÓMEZ, «Comentario breve a la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *AC*, 2004-1, p. 1109; GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», *cit.*; HERRADA ROMERO, «El contrato de garaje y la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RDP*, 2004, núm. 88, p. 3.

tes, y, en consecuencia, no se observa una precaución especial respecto a los mismos ¹²⁰. Ciertamente, las circunstancias del caso pueden arrojar otra conclusión, pero en principio ¿puede dudarse del superior valor de un automóvil o de una moto, en comparación con el del dinero o concretas joyas que el huésped pueda llevar al hotel? ¹²¹ Si las leyes (tanto el Código Civil y la Orden Ministerial de 1968, como la reciente Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos), distribuyen los riesgos entre las partes, y exoneran al empresario de responsabilidad por la desaparición de objetos de valor que no le hayan sido entregados para su custodia especial, este régimen ha de hacerse extensivo a todo aquello que pueda considerarse especialmente valioso. Por tanto, contando el establecimiento con un aparcamiento vigilado, en él debería introducirse el vehículo; puesto que es obvio que el coche o moto no pueden introducirse en una caja fuerte para su custodia directa, a dicho dispositivo debe equipararse el aparcamiento vigilado del hotel, al que sólo es posible acceder mediante mecanismos automáticos y del que sólo es posible salir con el ticket correspondiente ¹²², estando, además, vigilado o gestionado por empleados al efecto.

Habiendo adoptado el cliente estas precauciones, el hotel responde, y lo hace con arreglo a normas distintas en función de la gratuidad u onerosidad del servicio. Si el cliente queda obligado a pagar cierta retribución, directa o indirectamente, se aplicaría la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos, cuyos preceptos han tratado de distribuir los riesgos entre las partes, en atención a la masificación en la contratación de aparcamientos. Si el estacionamiento fuera gratuito, ante la ausencia de una de las notas características del contrato de aparcamiento en la Ley de 2002, podríamos entender, en armonía con la construcción de la responsabilidad del

¹²⁰ En el mismo sentido, FERRER TAPIA, *ob. cit.*, p. 214, quien sostiene que los vehículos son uno de esos objetos de valor a los que se refiere el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968.

Distinta es la opinión de NAVARRETE, p. 276, que separa el supuesto del automóvil depositado en el garaje del hotel del caso de las alhajas, dinero o valores especialmente custodiados, y de BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 242 y 246, quien considera que el vehículo debe recibir el mismo tratamiento que los efectos comunes de valor ordinario que los huéspedes traen consigo al hotel, y que el parking o garaje deben ser considerados una dependencia más del negocio; por tanto, si el coche se encuentra en el interior del local, el fondista responde en los términos de los artículos 1783 y 1784.

¹²¹ Así, en el caso de la STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390) el Alto Tribunal entendió que el valor venal del vehículo era de 11.386.928 pesetas. La AP de Baleares en la sentencia de 4 de diciembre de 2004 (JUR 2004/77789) partía de que el valor venal de la moto era de 12.660 euros, más 578 euros de extras y equipamientos.

¹²² El artículo 3.1.b) de la Ley 40/2002, reformado por la Ley 44/2006, se refiere a los requisitos del resguardo o justificante de aparcamiento que el titular del establecimiento ha de entregar.

hotelero defendida en este trabajo, que el mismo responde de la misma manera que lo hace para el supuesto de objetos entregados para su custodia en cajas fuertes, a cuyo régimen nos remitimos. Nos hallaríamos ante un contrato de depósito voluntario¹²³, celebrado, bien mediante dispositivos automáticos (art. 1262.2 CC) si el cliente introduce directamente el automóvil en el aparcamiento obteniendo el correspondiente resguardo de determinada máquina al efecto, bien verbalmente si el huésped lo concierta con los empleados en cuestión.

En el caso de la sentencia de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854), acerca de la sustracción de un automóvil del aparcamiento vigilado del hotel, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de la «unidad de la culpa civil», según la cual en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento, la originada en un contrato y, a la vez, en un ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar por exigir responsabilidad contractual o extracontractual¹²⁴. Esta misma doctrina es aplicada en la posterior sentencia de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390), también en relación con la desaparición del vehículo de la zona de aparcamiento específica del hotel. Ya se argumentó anteriormente, en el epígrafe correspondiente, acerca del carácter contractual de la responsabilidad del titular de un establecimiento hotelero por la desaparición de las pertenencias de los huéspedes. Ahora sólo cabe insistir en la exclusiva naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero en este caso, habiéndose pactado el estacionamiento en un aparcamiento vigilado del hotel. No se trata ya del incumplimiento de una genérica o accesoria obligación de custodia, integrada en el contrato de hospedaje mediante el artículo 1258 CC, sino del incumplimiento de la obligación principal, la de custodia directa, de un contrato de depósito agregado al de hospedaje o de un contrato de aparcamiento sometido a la Ley especial (art. 1 de la Ley 40/2002)¹²⁵. Y este depósito voluntario es el pre-

¹²³ Según DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 140, hay contrato de depósito propiamente dicho en el caso de que el establecimiento disponga de garaje o aparcamiento vigilado propio para la custodia de los vehículos de los clientes. (Sobre el contrato de garaje y el contrato de aparcamiento, pp. 104-121 y 136-139)

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El contrato de aparcamiento*, Pamplona, 2000; HERRADA ROMERO, *El contrato de garaje*, Madrid, 2001.

¹²⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789) condenó a la propietaria explotadora del hotel por la desaparición de una moto aparcada en el estacionamiento del mismo, pero la resolución se centra en las cuestiones de prueba de la preexistencia y la cantidad a indemnizar.

¹²⁵ FERRER TAPIA, *ob. cit.*, p. 217, también defiende la naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero por la sustracción del coche en los supuestos de aparcamientos de superficie: si el propietario o usuario del automóvil es cliente del hotel, existe una relación contractual que implica obligaciones accesorias (como la de proporcionar un lugar donde estacionar los vehículos), o una obligación de custodiar y vigilar cuando existe un contrato de aparcamiento en una zona destinada al efecto; si el propietario o usuario del

supuesto inexcusable de la responsabilidad del fondista, sea cual sea la normativa por la que se regule, pues la necesidad de cumplir las advertencias de los hoteleros se ha de hacer extensiva a automóviles o motos, equiparando éstos al dinero, joyas u objetos valiosos a los que se refiere la Orden Ministerial de 1968 para disponer que el hotel no responde si no se custodian en cajas fuertes.

Un supuesto híbrido puede presentarse cuando se roba el automóvil por haber sido sustraídas las llaves del mismo y el resguardo del aparcamiento, que el cliente había dejado en la habitación del hotel. Pero parece indudable la responsabilidad del titular del establecimiento en estos casos por dos tipos de razones: la primera, porque si ya el huésped contrató una custodia especial del vehículo, introduciéndolo en un local al efecto, el hotelero responde conforme al Código Civil o de acuerdo con la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos, como se ha explicado; la segunda, porque el fondista responde de manera objetiva por la

automóvil no es cliente del hotel, aunque no hay contrato accesorio derivado del de hospedaje, hay un contrato de aparcamiento.

Pero esta autora llega más allá y sostiene la responsabilidad del establecimiento hotelero incluso cuando la sustracción del vehículo tiene lugar en la vía pública, sin ser ésta un espacio acotado por el hotel, sino simplemente aprovechado por el mismo. La responsabilidad del titular del hotel se basaría, según esta autora, en la relación contractual con el cliente o, si el perjudicado no es cliente, en la apariencia de vigilancia que las medidas adoptadas puedan, en su caso, producir. A nosotros nos parece excesivo extender la responsabilidad del hotelero en esta medida, comprendiendo la sustracción en la calzada o espacio público, puesto que, por un lado, la que le impone el Código Civil es por los efectos «introducidos» en su establecimiento, dependencias o instalaciones, y, por otro lado, aunque se pretenda agravar u objetivar la responsabilidad del fondista, no parece adecuado hacerlo hasta el punto de comprender los riesgos generales de la vida. Otra cosa (pues Ferrer Tapia insiste en que la responsabilidad del titular del establecimiento puede depender de la configuración de las instalaciones y de las características fácticas de la zona) es que realmente se hayan adoptado medidas de seguridad (existencia de vigilantes, control de acceso mediante barras de seguridad o tarjetas, instalación de cámaras de vídeo, etc.) que hagan presuponer al usuario del automóvil haber celebrado algún contrato (aparcamiento, depósito...), pero entonces estaríamos en el supuesto de responsabilidad del hotelero por desaparición del coche en sus instalaciones o recintos. De manera que una de dos: o es este último caso, sustracción de los objetos introducidos en las dependencias del hotel (aunque el hotel haya incumplido la normativa administrativa para su instalación u organización), para lo que sería útil aplicar la distinción trazada en las líneas anteriores, o es sustracción del vehículo en la vía pública, a la que no cabe hacer extensivos los artículos 1783 y 1784 CC. Ya ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 306, sostuvo que la responsabilidad de los hoteleros requiere que se trate de garajes propiedad del hotel o que el hotel ponga a disposición de los viajeros, y no basta con una mera indicación de la existencia de un garaje donde se pueda depositar el vehículo. (Algo parecido, distinguiendo aparcamientos exteriores y garajes de los hoteles, han mantenido RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 156, y JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 510).

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *ob. cit.*, pp. 35 y 36, también es partidaria de la limitación que nosotros defendemos, y así entiende que los artículos 1783 y 1784 CC no son aplicables al supuesto de estacionamiento del vehículo en el aparcamiento del hotel, caso más próximo al depósito voluntario que al necesario. Y además, sigue la autora, es importante tener en cuenta el recinto en el que se deja el automóvil: si es abierto y de acceso libre, el hotelero no responde por los automóviles allí ubicados; en cambio, sí es responsable si se trata de un recinto cerrado, con acceso controlado.

desaparición de los objetos introducidos en las habitaciones, ya que éste es un caso de responsabilidad por riesgo. Argumentar en contra de la responsabilidad del hotelero en este caso supondría exigir al cliente que, además de depositar el coche o moto en el aparcamiento vigilado del hotel, lleve siempre consigo las llaves y resguardos correspondientes. Quizá ésta sea una precaución que las personas más precavidas adoptan, pero creemos que la contratación de una custodia especial implica por sí misma la responsabilidad del depositario, sin requerirse además ulteriores exigencias al depositante.

El caso que se acaba de plantear es el que se resolvió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082): sustracción de los objetos que se hallaban en la habitación, entre los cuales se encontraban las llaves del vehículo estacionado en el aparcamiento y el ticket del mismo, y consiguiente desaparición del coche y de los efectos hallados en su interior. El tribunal considera que «evidentemente el hotelero conocía el depósito en sus instalaciones interiores del automóvil del demandante, por lo que es plenamente aplicable al respecto el artículo 1783, pues dicho vehículo constituye un objeto más de los introducidos en el establecimiento por el viajero cuando el hotel tiene un servicio interior de parking y el cliente deposita el automóvil en el mismo, con conocimiento del hotel que le expide los documentos o mecanismos necesarios para su entrada y salida de las instalaciones hoteleras».

No compartimos la aplicación del artículo 1783 al caso que decide la Audiencia de Sevilla, por cuanto, contratado un depósito voluntario, deja de ser aplicable dicha norma, cuyo supuesto de hecho es el de los objetos meramente introducidos en el hotel. Si el tribunal hubiera aplicado el artículo 1783 a la sustracción de las llaves del vehículo y del ticket, que el cliente simplemente había dejado en la habitación, su decisión hubiera sido más razonable, pero, por el contrario, entiende que ese precepto es «plenamente aplicable» al depósito del automóvil, y que éste es «un objeto más de los introducidos en el establecimiento por el viajero cuando el hotel tiene un servicio de parking». Como se adelantó, no nos parece que el coche o la moto puedan ser considerados «un objeto más», sino que habrían de recibir el mismo tratamiento que el dinero o joyas, cuyo valor puede ser inferior al de aquéllos.

¿Significa lo anterior que, estando las llaves del coche en la habitación del hotel, el titular de éste responde por ser el supuesto de responsabilidad por riesgo que contemplan los artículos 1783

y 1784? El supuesto al que ahora nos referimos sería el del robo del coche que no ha sido estacionado en un local particularmente vigilado o especialmente cerrado, sino en el recinto, acotado pero abierto, sin control de acceso y sin vigilancia, del hotel, tras sustraerse las llaves halladas en la habitación. Según lo que se ha explicado hasta ahora, el hotelero no respondería por la desaparición del coche si éste es considerado un objeto valioso, y no ha sido aparcado en el recinto dispuesto por el hotel para mayor seguridad de los clientes; pero sí respondería por haber sido robadas las llaves en la habitación, pues es el supuesto de responsabilidad por riesgo que contempla el Código Civil. ¿Qué solución cabe para este supuesto? Nos parece que la solución pasa por excluir la responsabilidad del hotelero, quien, al ofrecer medidas adicionales de seguridad, ha de quedar exonerado por la desaparición de las pertenencias de los viajeros que no las acepten, como dispone la normativa acerca de los objetos valiosos. Distinto sería el caso de los establecimientos que no cuenten con un recinto vigilado, resultando robado el coche en sus dependencias, hechos que sí podrían equipararse a los de desaparición de los efectos introducidos en el establecimiento, aplicándose los artículos 1783 y 1784 CC, pues no cabe otra posibilidad.

Para terminar hay que analizar otro supuesto posible, que sería el de la desaparición de los objetos que el cliente deja en el interior del vehículo, sin robarse éste. Debe comenzarse por distinguir si resulta aplicable al caso la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, cuyo artículo 3 regula la responsabilidad del titular del aparcamiento por las cosas que se hallasen en el interior del automóvil, distinguiendo entre componentes y accesorios fijos o extraíbles del vehículo y otro tipo de cosas o efectos introducidos en el mismo por el usuario. A continuación, descartada la aplicación de esta normativa por tratarse de un contrato gratuito y reconducido el caso a los artículos 1783 y 1784 del Código Civil en relación con el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968, debe distinguirse nuevamente si se trata de objetos valiosos o no, pues sabido es que para el dinero, joyas u objetos de valor rige la exigencia de entrega para su custodia en cajas fuertes.

Por tanto, si se trata de cosas de escaso o poco valor, hallándose el automóvil en las dependencias del hotel, ya sea aparcamiento vigilado o no, parece clara la responsabilidad por riesgo del hotelero, en virtud de los artículos 1783 y 1784 CC. En cambio, si se trata de objetos valiosos la cuestión se torna más compleja, porque la obligación de indemnizar del fondista puede depender de la ubicación del vehículo. Así, si el coche se hallaba en el recinto, abierto y

no especialmente vigilado, del hotel, el cliente quedaba obligado a observar los avisos sobre la exoneración de responsabilidad del hotelero si aquellos objetos de valor no se depositan en cajas de seguridad. Sin embargo, si el coche había sido estacionado en el aparcamiento vigilado del establecimiento, pueden surgir dudas sobre la solución aplicable: podría pensarse que, adoptadas ciertas medidas de seguridad por el cliente al depositar su vehículo en un recinto vigilado o cerrado, las mismas no se ciñen al coche mismo, sino que se extienden a lo dejado en su interior, por lo que no es exigible al huésped ninguna cautela o medida adicional; en contra podría entenderse que la custodia directa del automóvil contratada no alcanza a los objetos que se hallen dentro¹²⁶, respecto de los cuales sigue siendo imprescindible observar las prevenciones del hotel acerca de la necesidad de guardarlos en dispositivos especiales. Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la segunda alternativa¹²⁷, pues parece que la naturaleza y características de cada tipo de objeto requieren medidas de seguridad específicas, y la apropiada para cada clase de objeto será la que ha de observarse, siendo insuficiente la adopción de otras. Esta solución se halla, además, en la línea de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, sobre el contrato de aparcamiento, que exonera de responsabilidad al titular del aparcamiento por los accesorios no fijos y extraíbles, que deberán ser retirados por los usuarios, y que sólo dispone la responsabilidad de aquél por los objetos introducidos en el vehículo por el usuario si el establecimiento cuenta con un servicio especial y se acepta su custodia (debiendo ser declarados por el usuario, que ha de observar las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen) [art. 3.1.c), párrafo segundo, 3.2 y 4.c)].

La solución que defendemos ha sido aplicada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en la sentencia de 10 de julio de 2001 (AC 2001/1084), que decidió un caso de sustracción del abrigo de piel que se hallaba en el interior del coche aparcado en el garaje

¹²⁶ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 173, entiende que la regla general es que la obligación de custodia del depositario no se extiende a los objetos que se hallen en el interior de la cosa depositada, partiendo del principio de necesaria individualización de la cosa depositada. El depositario sólo responderá por los daños que sufran tales objetos cuando los mismos se hayan causado por el incumplimiento imputable de la obligación de custodiar la cosa depositada, con las limitaciones que impone el artículo 1107. No obstante, termina el autor, la obligación de custodia puede extenderse a esos objetos en dos casos: cuando se trate de accesorios normales y cuando puedan resultar aplicables las normas del depósito cerrado.

¹²⁷ BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 242 y 246, también sostiene que los objetos valiosos deben entregarse en recepción, y que el hotel queda eximido de responsabilidad si coloca las correspondientes indicaciones acerca de este extremo. No obstante, comparando los artículos 1783 y 1784 CC con lo que dispone el artículo 3.2.b) de la Ley de 2002 de aparcamiento, entiende que se llegaría a la conclusión de que todos los objetos, cualquiera que fuese su valor, deberían depositarse en la caja fuerte de recepción, lo cual, como el propio autor reconoce, es absurdo.

del hotel. Los demandantes contrataron la utilización del garaje, junto con una habitación del hotel, mediante el pago de cierta cantidad (400 pesetas) asignada directamente a ese concepto. El tribunal estimó celebrado un contrato de garaje, que debía enmarcarse en el ámbito de aplicación de la LGDCU de 19 de julio de 1984, y, desde esta perspectiva, invocó cierta doctrina jurisprudencial [STS de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996/7238)] que entiende implícita en este tipo de contrato una obligación de custodia, conforme al uso y la buena fe (art. 1258 CC), y un servicio organizado, cuyo incumplimiento o funcionamiento anormal supone la responsabilidad del titular. Sin embargo, a continuación entiende la Audiencia que estos deberes de vigilancia y custodia sólo son aplicables al vehículo y sus componentes, y no a cualquier otro objeto existente en su interior, pues la extensión a éstos puede vulnerar el necesario equilibrio entre las prestaciones y significar la imposición de una responsabilidad excesiva en relación con la naturaleza y finalidad del contrato. Finalmente, el tribunal considera aplicable el artículo 1783, tanto en el caso de incluirse el garaje en el conjunto de prestaciones incluidas en el hospedaje, como en el caso de considerarse una prestación autónoma y diferenciada, y con base en dicho precepto decide que el titular del hotel no responde por la sustracción del abrigo, pues los huéspedes no observaron las advertencias, realizadas mediante anuncios en el garaje, de que el hotel no responde del dinero, joyas u objetos de valor que no sean depositados en recepción.

En algunos Códigos de nuestro entorno se adopta una solución más sencilla, aunque no exenta de problemas, que consiste en disponer la responsabilidad del titular del establecimiento por los objetos dejados en el interior de vehículos estacionados en lugares de uso privativo del hotel, pero limitando la cantidad a indemnizar a cincuenta veces el precio del alojamiento por día (art. 1954 *Code civil*)¹²⁸.

¹²⁸ Sin embargo, el artículo 1785 quinquies *Codice civile* y el párrafo 701.4 BGB establecen que las normas anteriores sobre la responsabilidad del hotelero no son aplicables a los vehículos ni a las cosas dejadas en el interior de los mismos. RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 160, explica las razones de tal exclusión, motivos que nos parecen poco atendibles. Así, una de esas razones era que al no gravarse con una responsabilidad especial a los responsables de aparcamientos y garajes, tampoco había que hacerlo en relación con los hosteleros, argumento poco sostenible hoy, teniendo en cuenta la Ley especial, reguladora del aparcamiento de vehículos, que viene a precisar el régimen de esa responsabilidad. Otra razón es que los huéspedes no carecían de protección, pues la podían obtener contratando un seguro a todo riesgo del automóvil y un seguro de equipajes; motivo que tampoco se puede compartir pues, trasladando la responsabilidad al hotelero también por la sustracción del vehículo, sería éste quien debería contratar dicho seguro.

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

CONSUMIDORES

1. **Decisión de la Comisión, de 5 de septiembre de 2007, por la que se constituye un grupo de diálogo con las partes interesadas en los ámbitos de la salud pública y la protección de los consumidores. *DOUE*, L, núm. 234, de 6 de septiembre de 2007.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2. **Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. *DOUE*, L, núm. 199, de 31 de julio de 2007.**
3. **Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*Roma II*). *DOUE*, L, núm. 199, de 31 de julio de 2007.**
4. **Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo. *DOUE*, L, núm. 324, de 10 de diciembre de 2007.**
5. **Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.**
6. **Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. *DOUE*, L, núm. 347, de 29 de diciembre de 2007.**

7. **Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, por la que se modifica el anexo I del Acta de adhesión de 2005. *DOUE*, L, núm. 347, de 29 de diciembre de 2007.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

8. **Corrección de errores de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, L, núm. 204, de 4 de agosto de 2007.**
9. **Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 228/05/COL, de 21 de septiembre de 2005, por la que se adopta una Comunicación titulada «Directrices relativas a la aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE a los acuerdos de transferencia de tecnología». *DOUE*, L, núm. 259, de 4 de octubre de 2007.**
10. **Reglamento (CE) núm. 1172/2007 de la Comisión, de 5 de octubre de 2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1891/2004, por el que se adoptan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1383/2003 del Consejo, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. *DOUE*, L, núm. 261, de 6 de octubre de 2007.**
11. **Reglamento (CE) núm. 1255/2007 de la Comisión, de 25 de octubre de 2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 874/2004 por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel «.eu», así como los principios en materia de registro. *DOUE*, L, núm. 282, de 26 de octubre de 2007.**
12. **Decisión del Consejo, de 19 de noviembre de 2007, sobre la aceptación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), hecho en Ginebra el 6 de diciembre de 2005. *DOUE*, L, núm. 311, de 29 de noviembre de 2007.**

RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA

13. **Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *DOUE*, L, núm. 332, de 18 de diciembre de 2007.**

REDES

14. **Corrección de errores de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal).** *DOUE*, L, núm. 70, de 14 de marzo de 2008.

SEGUROS

15. **Corrección de errores de la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE.** *DOUE*, L, núm. 270, de 13 de octubre de 2007.

SERVICIOS DE PAGO

16. **Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.** *DOUE*, L, núm. 319, de 5 de diciembre de 2007.

TRIBUNAL DE JUSTICIA

17. **Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia.** *DOUE*, L, núm. 24, de 29 de enero de 2008.
18. **Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia.** *DOUE*, L, núm. 24, de 29 de enero de 2008.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

19. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio, COM (2007) 303.** *DOUE*, C, núm. 191, de 17 de agosto de 2007.
20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo» COM (2006) 744 final.** *DOUE*, C, núm. 256, de 27 de octubre de 2007.
21. **Posición común (CE) núm. 14/2007, de 20 de septiembre de 2007, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comu-**

nidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. *DOUE*, C, núm. 270 E, de 13 de noviembre de 2007.

22. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio» COM (2007) 303 final-2007/0113 (COD). *DOUE*, C, núm. 44, de 16 de febrero de 2008.
23. Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. *DOUE*, C, núm. 63, de 8 de marzo de 2008.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

24. Propuesta de Reglamento (CE) núm .../... de la Comisión de [...] por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. *DOUE*, C, núm. 255, de 27 de octubre de 2007.
25. Proyecto de Comunicación de la Comisión de [...] sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel. *DOUE*, C, núm. 255, de 27 de octubre de 2007.

ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA

26. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 251, apartado 2, párrafo segundo, del Tratado CE relativa a la Posición Común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Justicia civil», integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia», COM (2007) 348. *DOUE*, C, núm. 191, de 17 de agosto de 2007.
27. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma del Convenio entre la Comunidad Europea y la República de Islandia, el Reino de Noruega, la Confederación Suiza y el Reino de Dinamarca, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2007) 387. *DOUE*, C, núm. 191, de 17 de agosto de 2007.

28. **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 251, apartado 2, párrafo segundo, del Tratado CE relativa a la posición común del Consejo sobre la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»)**, COM (2007) 400. *DOUE*, C, núm. 191, de 17 de agosto de 2007.
29. **Posición Común (CE) núm. 10/2007, de 28 de junio de 2007, 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 notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo.** *DOUE*, C, núm. 193 E, de 21 de agosto de 2007.
30. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *Roma II* [(9751/7/2006-C6-0317/2006-2003/0168 (COD))].** *DOUE*, C, núm. 244 E, de 18 de octubre de 2007.
31. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 18 de enero de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *Roma II*.** *DOUE*, C, núm. 244 E, de 18 de octubre de 2007.
32. **Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la prescripción en conflictos transfronterizos que entrañen lesiones y accidentes mortales [2006/2014(INI)].** *DOUE*, C, núm. 250 E, de 25 de octubre de 2007.
33. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios».** COM (2006) 618 final. *DOUE*, C, núm. 10, de 15 de enero de 2008.
34. **Iniciativa de la República de Austria, del Reino de Bélgica, la República Checa, la República Eslovaca, la República Eslovena, el Reino de España, la República de Estonia, la República Italiana, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia, la República Portuguesa y el Reino de Suecia, con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo, de..., sobre la Red Judicial Europea.** *DOUE*, C, núm. 54, de 27 de febrero de 2008.
35. **Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1206/2001 el Consejo, de 28 de mayo de 2001,**

relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil [COM (2007) 769]. *DOUE*, C, núm. 55, de 28 de febrero de 2008.

MEDIACIÓN

36. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM (2004)0718 - C6-0154/2004 - 2004/0251(COD)]. *DOUE*, C, núm. 27 E, de 31 de enero de 2008.
37. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 29 de marzo de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *DOUE*, C, núm. 27 E, de 31 de enero de 2008.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

38. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual» COM (2005) 276 final - 2005/0127 (COD). *DOUE*, C, núm. 256, de 27 de octubre de 2007.
39. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la Recomendación de la Comisión, de 18 de octubre de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (2005/737/CE) (2006/2008(INI)). *DOUE*, C, núm. 301 E, de 13 de diciembre de 2007.

PROTECCIÓN DE DATOS

40. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento del programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva sobre protección de datos. *DOUE*, C, núm. 255, de 27 de octubre de 2007.

RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA

41. Posición Común (CE) núm. 18/2007, de 15 de octubre de 2007, 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 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Esta-

dos miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *DOUE*, C, núm. 306, de 18 de diciembre de 2007.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

42. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, relativo a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [COM (2005) 0593 - C6-0039/2006 - 2005/0242 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 27 E, de 31 de enero de 2008.
43. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 29 de marzo de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil y a las garantías financieras de los propietarios de buques. *DOUE*, C, núm. 27 E, de 31 de enero de 2008.

SOCIEDADES

44. Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [2006/2013(INI)]. *DOUE*, C, núm. 250 E, de 25 de octubre de 2007.
45. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE [COM (2005)0685 - C6-0003/2006 - 2005/0265 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 287 E, de 29 de noviembre de 2007.

TRANSPORTE

46. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas» [COM (2006) 852 final - 2006/0278 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 256, de 27 de octubre de 2007.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

AGENTES

47. Asunto C-19/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de enero de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) - Paul Chevassus-Marche/ Groupe Danone, Société Kro beer brands SA (BKSA), Société Evian eaux minérales d'Evian SA (SAEME). Aproximación de las

legislaciones - Directiva 86/653/CEE - Agentes comerciales independientes - Derecho a comisión de un agente encargado de un sector geográfico - Operaciones concluidas sin intervención del empresario. *DOUE*, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.

AYUDAS ESTATALES

48. Asunto T-246/99: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de junio de 2007 - Tirrenia di Navigazione y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Transporte marítimo - Decisión de incoación del procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 - Ayudas nuevas - Ayudas existentes. *DOUE*, C, núm. 183, de 4 de agosto de 2007.
49. Asunto T-167/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - Asklepios Kliniken/Comisión. Ayudas de Estado - Hospitales públicos - Compensación de pérdidas de explotación y concesión de garantías - Denuncia - Inexistencia de adopción de posición de la Comisión - Recurso por omisión - Legitimación - Admisibilidad - Plazo razonable - Reglamento (CE) núm. 659/1999. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
50. Asunto T-475/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2007 - Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión. Ayuda de Estado - Telefonía móvil - Modificación de los cánones que deben pagar Orange France y SFR como contrapartida por las licencias UMTS - Decisión que declara la inexistencia de una ayuda de Estado. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
51. Asunto C-119/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato, Italia) - Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini Siderurgica SpA. Ayudas de Estado - CECA - Siderurgia - Ayuda declarada incompatible con el mercado común - Recuperación - Fuerza de cosa juzgada de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional. *DOUE*, C, núm. 211, de 8 de septiembre de 2007.
52. Asunto T-344/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 2007 - Bouychou/Comisión. Responsabilidad extracontractual - Decisión por la que se ordena la restitución de las ayudas estatales concedidas por Francia a la sociedad Stardust Marine - Anulación de la Decisión mediante sentencia del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 211, de 8 de septiembre de 2007.
53. Asunto T-360/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 2007 - FG Marine/Comisión. Responsabilidad extracontractual - Decisión por la que se ordena la restitución de las ayudas estatales concedidas por Francia a la sociedad Stardust Marine - Anulación de la Decisión mediante sentencia del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 211, de 8 de septiembre de 2007.

54. Asunto T-375/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2007 - Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Comisión. Ayudas de Estado - Medidas para promover el uso de material aislante fabricado con materias primas renovables - Decisión por la que se declara las ayudas compatibles con el mercado común - Procedimiento previo de examen - Recurso de anulación - Admisibilidad - Concepto de interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2 - Obligación de la Comisión de incoar un procedimiento contradictorio. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
55. Asunto T-254/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2007 - Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Comisión. Ayudas de Estado - Medidas destinadas a promover el uso de material aislante fabricado con materias primas renovables - Decisión por la que se declara la compatibilidad de las ayudas con el mercado común - Procedimiento de examen previo - Recurso de anulación - Asociación profesional - Concepto de interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2 - Motivos relativos a la fundamentación de la Decisión - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
56. Asunto C-525/04 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2007 - Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas, Lenzing AG. Recurso de casación - Ayudas de Estado - Falta de cobro de créditos, recargos de demora e intereses adeudados - Admisibilidad - Criterio del acreedor privado. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
57. Asunto C-260/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2007 - Sniace, S.A./Comisión de las Comunidades Europeas, República de Austria, Lenzing Fibers GmbH (anteriormente Lenzing Lyocell GmbH & Co. KG), Land de Burgenland. Recurso de casación - Ayudas de Estado - Admisibilidad - Acto que afecta individualmente a la recurrente. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
58. Asuntos acumulados T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 y T-69/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007 - Irlanda y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Directiva 92/81/CEE - Impuesto especial sobre los hidrocarburos - Hidrocarburos utilizados como combustible para la producción de aluminio - Exención concedida por las autoridades francesas, irlandesas e italianas - Ayudas nuevas - Ayudas existentes - Obligación de motivación - Examen de oficio. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
59. Asunto C-280/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de diciembre de 2007 - Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana. Incumplimiento de Estado - Ayudas de Estado - Incompatibilidad con el mercado común - Obligación de recuperación - No ejecución. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.

60. **Asunto C-320/05 P: Auto del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2007 - Fred Olsen, S.A./Comisión de las Comunidades Europeas, Reino de España. Recurso de casación - Ayudas de Estado - Transporte marítimo - Cabotaje marítimo - Ayudas existentes - Ayudas nuevas - Ayudas que pueden declararse compatibles con el mercado común - Servicio de interés económico general - Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado. DOUE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.**

CRÉDITO AL CONSUMO

61. **Asunto C-429/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de octubre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance de Saintes - Francia) - Max Rampion y Marie-Jeanne Godard, señora de Rampion/Franfinance SA, y K par K SAS. Directiva 87/102/CEE - Crédito al consumo - Derecho del consumidor a dirigirse contra el prestamista en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso del contrato relativo a los bienes o a los servicios financiados por el crédito - Requisitos - Mención del bien o del servicio financiados en la oferta de crédito - Apertura de crédito que permite utilizar en repetidas ocasiones el crédito concedido - Posibilidad de que el juez nacional señale de oficio el derecho del consumidor a dirigirse contra el prestamista. DOUE, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

62. **Asunto T-266/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2007 - CB/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Tarjetas bancarias - Decisión de ordenar una verificación - Artículo 14, apartado 3, del Reglamento núm. 17 - Motivación - Proporcionalidad. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**
63. **Asunto T-351/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - Schneider Electric/Comisión. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad - Perjuicio sufrido por una empresa como consecuencia de una infracción suficientemente caracterizada del Derecho comunitario que afecta al procedimiento de control de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**
64. **Asunto T-458/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de julio de 2007 - Au Lys de France/Comisión. Competencia - Posición dominante - Mercado de la provisión de emplazamientos para la explotación de comercios al por menor en el aeropuerto de Roissy-Charles-de-Gaulle controlado por el operador Aéroports de Paris - Desestimación de una denuncia - Recurso de anulación - Inexistencia de interés comunitario. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**

65. **Asunto T-229/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2007 - AEPI/Comisión. Competencia - Derechos de autor y derechos afines - Reglamento (CE) núm. 1/2003 - Obligaciones en materia de instrucción de las denuncias - Falta de interés comunitario - Desestimación. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**
66. **Asunto T-170/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - Alrosa/Comisión. Competencia - Abuso de posición dominante - Mercado mundial de la producción y del suministro de diamantes en bruto - Decisión que convierte en obligatorios los compromisos propuestos por la empresa con posición dominante - Artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 - Principio de proporcionalidad - Libertad contractual - Derecho a ser oído. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**
67. **Asunto T-282/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2007 - Sun Chemical Group y otros/Comisión. Competencia - Concentraciones de empresas - Mercado europeo de resinas colofonias destinadas a determinadas aplicaciones en el sector de las tintas de impresión - Decisión por la que se declaró una concentración de empresas compatible con el mercado común - Direcciones sobre la evaluación de las concentraciones horizontales - Cuotas de mercado y grados de concentración - Efectos no coordinados - Efectos coordinados - Obligación de motivación. DOUE, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.**
68. **Asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 - Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals/Comisión. Competencia - Procedimiento administrativo - Facultades de inspección de la Comisión - Documentos incautados durante una inspección - Protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes - Admisibilidad. DOUE, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.**
69. **Asunto T-201/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 - Microsoft/Comisión. Competencia - Abuso de posición dominante - Sistemas operativos para ordenadores personales clientes - Sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo - Lectores multimedia que permiten una recepción continua - Decisión por la que se declaran infracciones del artículo 82 CE - Negativa de la empresa en posición dominante a suministrar la información relativa a la interoperabilidad y a autorizar su utilización - Supeditación, por parte de la empresa en posición dominante, de la entrega de su sistema operativo para ordenadores personales clientes a la adquisición simultánea de su lector multimedia - Medidas correctivas - Designación de un mandatario independiente - Multa - Determinación del importe - Proporcionalidad. DOUE, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.**
70. **Asunto C-351/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 27 de septiembre de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division), Reino Unido - Ikea Wholesale Ltd/Commissioners of Customs & Excise.**

Dumping - Importaciones de ropa de cama de algodón originaria de Egipto, de la India y de Pakistán - Reglamento (CE) núm. 2398/97 - Reglamento (CE) núm. 1644/2001 - Reglamento (CE) núm. 160/2002 - Reglamento (CE) núm. 696/2002 - Recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC - Efectos jurídicos - Reglamento (CE) núm. 1515/2001 - Retroactividad - Devolución de los derechos pagados. *DOUE*, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.

71. **Asunto T-474/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 2007 - Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Peróxidos orgánicos - Desestimación de la solicitud de omitir determinados pasajes de la versión final publicada de una decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Divulgación de información que afecta a la demandante mediante la publicación de una decisión no dirigida a ella - Artículo 21 del Reglamento núm. 17 - Secreto profesional - Artículo 287 CE - Presunción de inocencia - Anulación. *DOUE*, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.**
72. **Asuntos acumulados T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2007 - SP y otros/Comisión. Prácticas colusorias - Productores de redondos para cemento armado - Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA - Decisión basada en el Tratado CECA tras la expiración de dicho Tratado - Incompetencia de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**
73. **Asunto T-45/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2007 - Riva Acciaio/Comisión. Prácticas colusorias - Productores de redondos para cemento armado - Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA - Decisión basada en el Tratado CECA tras la expiración de dicho Tratado - Incompetencia de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**
74. **Asunto T-77/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2007 - Feralpi Siderurgica/Comisión. Prácticas colusorias - Productores de redondos para cemento armado - Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA - Decisión basada en el Tratado CECA tras la expiración de dicho Tratado - Incompetencia de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**
75. **Asunto T-94/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2007 - Ferriere Nord/Comisión. Prácticas colusorias - Productores de redondos para cemento armado - Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA - Decisión basada en el Tratado CECA tras la expiración de dicho Tratado - Incompetencia de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**

76. **Asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007 - BASF y UCB/ Comisión. Competencia - Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos - Cloruro de colina (vitamina B 4) - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo - Multas - Efecto disuasorio - Reincidencia - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Infracción única y continuada. DOUE, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.**
77. **Asunto T-112/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007 - Akzo Nobel y otros/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos - Cloruro de colina (vitamina B 4) - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo - Imputabilidad de la conducta infractora. DOUE, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.**
78. **Asunto T-306/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de enero de 2008 - Scippacercola y Terezakis/Comisión. Competencia - Abuso de posición dominante - Tasas supuestamente excesivas aplicadas por la empresa que explota el aeropuerto internacional de Atenas - Desestimación de la denuncia - Falta de interés comunitario. DOUE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.**
79. **Asunto C-280/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia). Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Ente tabacchi italiani - ETI SpA, Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. y Philip Morris International Management SA, y Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. y Philip Morris International Management SA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Ente tabacchi italiani - ETI SpA, y Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. y Philip Morris International Management SA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, Ente tabacchi italiani - ETI SpA. Competencia - Imposición de sanciones en caso de sucesión de empresas - Principio de responsabilidad personal - Entidades dependientes de la misma autoridad pública - Derecho nacional que considera el Derecho comunitario de la competencia como fuente de interpretación - Cuestiones prejudiciales - Competencia del Tribunal de Justicia. DOUE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.**
80. **Asunto T-206/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de enero de 2008 - Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo. Dumping - Importaciones de tablas de planchar originarias de la República Popular China y de Ucrania - Tratado de economía de mercado - Derecho de defensa - Artículo 2, apartado 7, letra c), y artículo 20, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 384/96. DOUE, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

81. **Asunto C-98/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de octubre de 2007** (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen, Suecia) - Freeport plc/Olle Arnoldsson. Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Artículo 6, número 1 - Competencias especiales - Pluralidad de demandados - Fundamentos jurídicos de las demandas - Abuso - Probabilidad de estimar una acción ejercitada ante los tribunales del Estado en el que uno de los demandados tiene su domicilio. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.
82. **Asunto C-435/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007**. Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia). Cooperación judicial en materia civil - Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Ámbito de aplicación material y temporal - Concepto de «materias civiles» - Decisión relativa a la guarda de menores y a su acogimiento fuera del domicilio familiar - Medidas de protección de menores regidas por el Derecho público. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
83. **Asunto C-68/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007**. Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen (Suecia). Kerstin Sundelind López/Miguel Enrique López Lizazo. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Artículos 3, 6 y 7 - Competencia judicial - Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental - Competencia en materia de divorcio - Demandado que tiene la nacionalidad y es residente de un país tercero - Normas nacionales de competencia que establecen un foro exorbitante. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
84. **Asunto C-463/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2007**. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania). FBTO Schadeverzekeringen NV/Jack Odebreit. Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Competencia en materia de seguros - Seguros de responsabilidad - Acción directa del perjudicado contra el asegurador - Regla de competencia del domicilio del demandante. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

85. **Asuntos acumulados C-463/04 y C-464/04: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2007**. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia). Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca (C-463/04) y Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA, Filippo Cuccia, Giacomo Fragapa-

ne, Pietro Angelo Puggioni, Annamaria Sanchirico, Sandro Sartorio (C-464/04)/Comune di Milano. Artículo 56 CE - Libre circulación de capitales - Restricciones - Empresas privatizadas - Disposición nacional según la cual los estatutos de una sociedad anónima pueden conferir al Estado o a un ente público que posee una participación en su capital el derecho a nombrar directamente a uno o varios miembros del consejo de administración). *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

86. Asunto C-6/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulío tis Epikrateias - Grecia) - Medipac - Kazantzidis AE/Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y.KRITIS). Libre circulación de mercancías - Directiva 93/42/CEE - Adquisición por un hospital de productos sanitarios provistos del marchamo CE - Medidas de salvaguardia - Contrato público de suministros - Contrato que no alcanza el umbral de aplicación de la Directiva 93/36/CEE - Principio de igualdad de trato y obligación de transparencia. *DOUE*, C, núm. 183, de 4 de agosto de 2007.
87. Asunto T-90/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - Fédération des industries condimentaires de France y otros/Consejo. Responsabilidad extracontractual - Incompatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de la prohibición comunitaria de importar determinadas carnes que contengan sustancias de efecto hormonal - Establecimiento por los Estados Unidos de América de una sobretasa a la importación de productos de origen comunitario en virtud de una autorización de la OMC - Conclusión por la Comisión de un procedimiento de examen de obstáculos al comercio - Recurso de indemnización interpuesto por agrupaciones de exportadores comunitarios afectados por la sobretasa. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

88. Asunto C-250/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de diciembre de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Bélgica). United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele), Wolu TV ASBL/Estado belga. Artículo 49 CE - Libre prestación de servicios - Legislación nacional en la que se establece la obligación de los distribuidores por cable de retransmitir los programas difundidos por determinados organismos de radiodifusión privados («must carry») - Restricción - Razón imperiosa de interés general - Mantenimiento del pluralismo en una región bilingüe. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.

NOTARIOS

89. **Asunto C-466/03: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de junio de 2007** (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Baden-Baden - Alemania) - Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft mbH/Land Baden-Württemberg. Directiva 69/335/CEE - Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales - Normativa nacional que prevé la percepción de derechos notariales por la elevación a escritura pública de cesiones de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada - Liquidación tributaria - Calificación como «impuesto similar al impuesto sobre las aportaciones» - Formalidad previa - Impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios - Derechos de carácter remunerativo. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.

PROPIEDAD INTELECTUAL

90. **Asunto C-246/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de junio de 2007** (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Patent- und Markensenat - Austria) - Armin Häupl/Lidl Stiftung & Co. KG. Derecho de marcas - Artículo 10, apartado 1, de la Directiva 89/104/CEE - Falta de uso efectivo de una marca - Concepto de «fecha en que se haya concluido el procedimiento de registro». *DOUE*, C, núm. 183, de 4 de agosto de 2007.
91. **Asunto T-263/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007** - Mühlhens/OAMI - Conceria Toska (TOSKA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa TOSKA - Marca nacional denominativa anterior TOSKA - Motivos de denegación relativos - Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
92. **Asunto T-28/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007** - Mühlhens/OAMI - Cara (TOSKA LEATHER). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa TOSKA LEATHER - Marca nacional denominativa anterior TOSKA - Motivos de denegación relativos - Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
93. **Asunto T-150/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007** - Mühlhens/OAMI - Minoronzoni (TOSCA BLU). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa TOSCA BLU - Marca nacional denominativa anterior TOSKA - Motivos de denegación relativos - Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento

(CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.

94. Asunto T-192/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - Flex Equipos de Descanso/OAMI - Leggett & Plat (LURA-FLEX). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa LURA-FLEX - Marcas nacionales figurativas anteriores que incluyen el elemento denominativo «flex» - Presentación extemporánea ante la División de Oposición de las traducciones de los documentos aportados para justificar la notoriedad de las marcas anteriores - Obligación de la Sala de Recurso de apreciar la necesidad de tener en cuenta los documentos traducidos. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
95. Asunto T-443/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007 - El Corte Inglés/OAMI - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa «PiraÑAM diseño original Juan Bolaños» - Marcas nacionales denominativas anteriores PIRANHA - Motivos de denegación relativos - Riesgo de confusión - Similitud de los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 199, de 25 de agosto de 2007.
96. Asunto C-17/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Nancy - Francia) - Céline SARL/Céline SA. Marcas - Artículos 5, apartado 1, letra a), y 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104/CEE - Derecho del titular de una marca registrada a oponerse a la utilización por un tercero de un signo idéntico a la marca - Utilización del signo como denominación social, nombre comercial o rótulo de establecimiento - Derecho del tercero a usar su nombre. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
97. Asunto C-193/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de septiembre de 2007 - Société des Produits Nestlé SA/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Quick restaurants SA. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra b) - Marca figurativa que contiene el elemento denominativo QUICKY - Oposición del titular de marcas denominativas nacionales anteriores QUICKIES - Riesgo de confusión - Apreciación global. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
98. Asunto C-234/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de septiembre de 2007 - Il Ponte Finanziaria SpA/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), F.M.G. Textiles Srl, anteriormente Marine Enterprise Projects - Società Unipersonale di Alberto Fiorenzi Srl. Recurso de casación - Marca comunitaria - Registro de la marca BAINBRIDGE - Oposición del titular de marcas nacionales

anteriores que tienen en común el elemento Bridge - Desestimación de la oposición - Familia de marcas - Prueba del uso - Concepto de marcas defensivas. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.

99. Asunto C-234/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de septiembre de 2007 - Il Ponte Finanziaria SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), F.M.G. Textiles Srl, anteriormente Marine Enterprise Projects - Società Unipersonale di Alberto Fiorenzi Srl. Recurso de casación - Marca comunitaria - Registro de la marca BAINBRIDGE - Oposición del titular de marcas nacionales anteriores que tienen en común el elemento «Bridge» - Desestimación de la oposición - Familia de marcas - Prueba del uso - Concepto de «marcas defensivas». *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
100. Asunto C-371/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de septiembre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden - Países Bajos) - Benetton Group SpA/G-Star International BV. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 3, apartados 1, letra e), tercer guión, y 3 - Signo - Forma que da un valor sustancial al producto - Uso - Campañas publicitarias - Fuerza atractiva de la forma adquirida antes de la solicitud de registro debido al hecho de su notoriedad como signo distintivo. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
101. Asunto T-418/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2007 - La Mer Technology/OAMI - Laboratoires Goëmar (LA MER). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa LA MER - Marca nacional denominativa anterior LABORATOIRE DE LA MER - Motivo de denegación relativo - Uso efectivo de la marca - Artículo 43, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
102. Asunto T-461/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2007 - Imagination Technologies/OAMI (PURE DIGITAL). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa PURE DIGITAL - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.
103. Asunto T-49/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 7 de septiembre de 2007 - González Sánchez/OAMI - Bankinter (ENCUENTA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Artículo 63, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Falta de legitimación - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de noviembre de 2007.

104. **Asunto T-481/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2007 - Advance Magazine Publishers/OAMI - J. Capela & Irmãos (VOGUE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa VOGUE - Marca nacional denominativa anterior VOGUE Portugal - Elementos presentados por primera vez ante la Sala de Recurso - Amplitud del examen efectuado por la Sala de Recurso. DOUE, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.**
105. **Asunto T-460/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de octubre de 2007 - Bang & Olufsen/OAMI (Forma de un altavoz). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de un altavoz - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.**
106. **Asunto T-185/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2007 - Lancôme/OAMI - Baudon (AROMACOSMETIQUE). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa AROMACOSMETIQUE- Marca nacional denominativa anterior - AROMACOSMETIQUE - Nulidad de la marca nacional denominativa anterior - Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.**
107. **Asunto T-35/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2007 - Honig-Verband/Comisión. Recurso de anulación - Reglamento (CE) núm. 1854/2005 - Indicación geográfica protegida - «Miel de Provence» - Acto de alcance general - Falta de afectación individual - Inadmisibilidad. DOUE, C, núm. 283, de 24 de noviembre de 2007.**
108. **Asunto C-311/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de octubre de 2007 - Naipes Heraclio Fournier, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), France Cartes SAS. Recurso de casación - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca comunitaria - Marcas figurativas que contienen las representaciones de una «espada», de un «caballo de bastos» y de un «rey de espadas» de una baraja - Declaración de nulidad de la marca. DOUE, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**
109. **Asunto C-144/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 4 de octubre de 2007 - Henkel KGaA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 7, apartado 1, letra b) - Denegación de registro - Marca figurativa - Representación de una pastilla rectangular roja y blanca con un núcleo oval azul - Carácter distintivo. DOUE, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.**
110. **Asunto T-425/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de octubre de 2007 - AMS Advanced Medical Services/**

- OAMI - American Medical Systems. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria AMS Advanced Medical Services - Marca nacional denominativa anterior AMS - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Solicitud de prueba de uso efectivo presentada por primera vez ante la Sala de Recurso - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.
111. Asunto T-405/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2007 - Borco-Marken-Import Matthiesen/OAMI (Caipi). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Caipi - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.
112. Asunto T-28/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de octubre de 2007 - Ekabe International/OAMI - Ebro Puleva (OMEGA 3). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria OMEGA 3 - Marca denominativa nacional anterior PULEVA-OMEGA 3 - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.
113. Asunto T-105/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de octubre de 2007 - InterVideo/OAMI (WinDVD Creator). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa WinDVD Creator - Motivos de denegación absolutos - Artículos 4 y 7, apartado 1, letras *b*) y *c*) del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 297, de 8 de diciembre de 2007.
114. Asunto C-238/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 25 de octubre de 2007 - Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Marca tridimensional - Forma de una botella de plástico - Denegación del registro - Motivo absoluto de denegación - Falta de carácter distintivo - Marca nacional anterior - Convenio de París - Acuerdo ADPIC (TRIPS) - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
115. Asunto C-301/05 P: Auto del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2007 - Hans-Peter Wilfer/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Marca denominativa «ROCKBASS» - Denegación de registro - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.

116. **Asunto C-225/06 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 11 de septiembre de 2007 - Athinaiki Oikogeniaki Artopoia AVEE/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Ferrero Deutschland GmbH. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra b) - Similitud entre dos marcas - Riesgo de confusión - Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo FERRÓ - Oposición del titular de la marca denominativa nacional FERRERO - Denegación parcial del registro. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**
117. **Asunto T-38/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 2007 - Sunplus Technology/OAMI - Sun Microsystems (SUN PLUS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa SUN-PLUS - Marca nacional denominativa anterior SUN - Riesgo de confusión - Similitud de los productos - Similitud de los signos. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**
118. **Asunto T-90/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de noviembre de 2007 - Omega/OAMI - Omega Engineering (Ω OMEGA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa y denominativa Ω OMEGA - Marca nacional denominativa anterior OMEGA - Motivo de denegación relativo - Invocación por el solicitante de la marca comunitaria de una marca nacional idéntica a la solicitada y anterior a la marca nacional opuesta - Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**
119. **Asunto T-407/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de noviembre de 2007 - SAEME/OAMI - Racke (REVIAN's). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa REVIAN's - Marcas no comunitarias anteriores envían - Presentación extemporánea de la traducción del certificado de registro de una marca anterior - Facultad de apreciación concedida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**
120. **Asunto T-459/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007 - MPDV Mikrolab/OAMI (manufacturing score card). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa manufacturing score card - Motivos absolutos de denegación de registro - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**
121. **Asunto T-28/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de noviembre de 2007 - RheinfelsQuellen/OAMI (VOM URSPRUNG HER VOLLKOMMEN). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa VOM URSPRUNG HER VOLLKOMMEN - Motivos de denegación absolutos - Carácter**

- descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
122. Asunto T-57/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 2007 - Marly/OAMI - Erdal (Top iX). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Top iX - Marca internacional denominativa anterior TOFIX - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Solicitud de prueba del uso efectivo de la marca anterior formulada por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
123. Asunto T-71/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 2007 - Enercon/OAMI (Convertor de energía eólica). Marca comunitaria - Solicitud de una marca comunitaria tridimensional en forma de un fragmento de un convertor de energía eólica - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*) y apartado 3 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
124. Asunto T-101/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de noviembre de 2007 - Castell de Remei/OAMI - Bodegas Roda (Castell del Remei ODA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Castell del Remei ODA - Marca internacional denominativa anterior RODA y marcas nacionales denominativas anteriores RODA, RODA I, RODA II y BODEGAS RODA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
125. Asunto T-169/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007 - Charlott/OAMI - Charlo (Charlott France Entre Luxe et Tradition). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Charlott France Entre Luxe et Tradition - Marca nacional figurativa anterior Charlot - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.
126. Asunto T-434/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 2007 - Gateway/OAMI - Fujitsu Siemens Computers (ACTIVITY Media Gateway). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ACTIVITY Media Gateway - Marcas comunitarias y nacionales denominativas y figurativas Gateway y GATEWAY - Motivos de denegación relativos - Inexistencia de riesgo de confusión - Falta de similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 5,

- del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
127. Asunto T-458/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2007 - Tegomettall Internacional/OAMI - Wupperman (TEK). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Solicitud de marca comunitaria denominativa TEK - Objeto del litigio - Respeto del derecho de defensa - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*), *c*) y *g*), y artículo 51, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
128. Asunto T-111/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de noviembre de 2007 - Wesergold Getränkeindustrie/OAMI - Lidl Stiftung (VITAL FIT). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa VITAL FIT - Marca nacional denominativa anterior VITAFIT - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Derecho a ser oído - Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
129. Asunto T-149/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2007 - Castellani SpA/OAMI - Markant Handels und Service GmbH. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa CASTELLANI - Marcas nacionales denominativas anteriores CASTELLUM y CASTELLUCA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 8, de 12 de enero de 2008.
130. Asunto C-328/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de noviembre de 2007. Petición de decisión prejudicial planteada por Juzgado de lo Mercantil - España) - Alfredo Nieto Nuño/Leonci Monlleó Franquet. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 4, apartado 2, letra *d*) - Marcas «notoriamente conocidas» en el Estado miembro en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París - Conocimiento de la marca - Alcance geográfico. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
131. Asunto T-86/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007 - K & L Ruppert Stiftung/OAMI Lopes de Almeida Cunha y otros (CORPO livre). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa CORPO LIVRE - Marcas nacionales e internacionales denominativas LIVRE - Prueba extemporánea del uso de las marcas anteriores. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
132. Asunto T-10/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2007 - Portela & Companhia/OAMI - Torrens Cuadrado y Gilbert Sanz (Bial). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Bial - Marca nacional denominativa anterior Bial - Motivo

- de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Prueba de la existencia de la marca anterior - Coexistencia de marcas anteriores - Motivo que modifica el objeto del litigio - Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia - Gastos ocasionados ante la División de Oposición. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
133. Asunto T-117/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007 - DeTeMedien Deutsche/OAMI (suchen.de). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa suchen.de - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Nombre de dominio - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
134. Asunto T-134/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2007 - Xentral LLC/OAMI Pages jaunes (PAGESJAUNES.COM). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria PAGESJAUNES.COM - Marca gráfica nacional anterior LES PAGES JAUNES - Nombre de dominio «pagesjaunes.com» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
135. Asunto T-242/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2007 - Cabrera Sánchez/OAMI - Industrias Cárnicas Valle (el charcutero artesano). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa «el charcutero artesano» - Marca nacional figurativa anterior «El charcutero» - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Inexistencia de similitud entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.
136. Asunto C-405/06 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de septiembre de 2007 - Miguel Torres, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) y Bodegas Muga, S. A. Recurso de casación - Marca comunitaria - Solicitud de marca figurativa «Torre Muga» - Procedimiento de oposición - Marca nacional e internacional denominativa anterior «TORRES» - Riesgo de confusión - Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.
137. Asunto C-512/06 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2007 - PTV Planung Transport Verkehr AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Signo denominativo map&guide. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.

138. **Asunto T-9/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 2008 - Hoya/OAMI - Indo (AMPLITUDE).** Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa AMPLITUDE - Marca nacional figurativa anterior AMPLY - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.
139. **Asunto T-112/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de enero de 2008 - Inter-Ikea/OAMI.** Marca comunitaria - Procedimiento de anulación - Marca comunitaria figurativa idea - Marcas comunitarias y nacionales figurativas y denominativas anteriores IKEA - Causa de nulidad relativa - Ausencia de riesgo de confusión - Artículos 8, apartado 1, letra *b*), y 52, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2008.
140. **Asunto C-275/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid. Productores de Música de España (Promusicae)/Telefónica de España, S.A.U. Sociedad de la información - Obligaciones de los proveedores de servicios - Conservación y divulgación de determinados datos de tráfico - Deber de divulgación - Límites - Protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas - Compatibilidad con la protección de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor - Derecho a una protección efectiva de la propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.
141. **Asunto T-88/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 2008 - Dorel Juvenile Group/OAMI (SAFETY 1st).** Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa SAFETY 1st - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*) del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.
142. **Asunto T-95/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de enero de 2008 - Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana/OCVV - Nador Cott Protection (Nadorcott).** Obtenciones vegetales - Recurso ante la sala de recurso de la Oficina comunitaria de variedades vegetales - Inadmisibilidad - Acto que no afecta individualmente al demandante - Tutela judicial efectiva - Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.
143. **Asunto T-106/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de enero de 2008 - Demp/OAMI - BAU HOW (BAU HOW).** Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa BAU HOW - Marcas figurativas anteriores BAUHAUS - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letras *a*) y *b*), y artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.

144. **Asunto T-128/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2008 - Japan Tobacco/OAMI - Torrefacção Camelo (CAMELO). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa CAMELO - Marca nacional figurativa anterior CAMEL - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de aprovechamiento indebido del carácter distintivo y de la notoriedad de la marca anterior e inexistencia de riesgo de perjuicio para éstos - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Inexistencia de infracción de las normas del procedimiento de recurso - Artículo 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.**
145. **Asunto T-403/03: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 7 de enero de 2008 - Marmara Import-Export/OAMI - Marmara Zeytin Tarım Satis (marmara). Marca comunitaria - Oposición - Desistimiento de la oposición - Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 64, de 8 de marzo de 2008.**

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

146. **Asunto C-393/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 29 de noviembre de 2007 - Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. Reglamento (CEE) núm. 2092/91 - Producción agrícola ecológica - Organismos de control privados - Requisito de que se posea un establecimiento o una infraestructura permanente en el Estado miembro de prestación - Justificaciones - Actividades relacionadas con el ejercicio del poder público - Artículo 55 CE - Protección de los consumidores. DOUE, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.**
147. **Asunto C-404/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 29 de noviembre de 2007 - Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania. Reglamento (CEE) núm. 2092/91 - Producción agrícola ecológica - Organismos de control privados - Requisito de que se posea un establecimiento o una infraestructura permanente en el Estado miembro de prestación - Justificaciones - Actividades relacionadas con el ejercicio del poder público - Artículo 55 CE - Protección de los consumidores. DOUE, C, núm. 22, de 26 de enero de 2008.**

RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA

148. **Asunto C-195/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de octubre de 2007- Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundeskommunikationssenat (Austria) Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)/Österreichischer Rundfunk (ORF). Libre prestación de servicios - Actividades de radiodifusión televisiva - Directivas 89/552/CEE y 97/36/CE - Conceptos de «televenta» y de «publicidad televisada» - Juego dotado con un premio). DOUE, C, núm. 315, de 22 de diciembre de 2007.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona, 2008, 77 pp.

El contrato de adhesión es una figura que aparece en los albores del siglo xx y atraviesa diversas vicisitudes a lo largo de la pasada centuria. Recordemos que nace como categoría dogmática de la mano de R. Saleilles en 1901, al tiempo que resulta algo oscurecida por las condiciones generales de la contratación, debido al determinante influjo de la Ley alemana de 1976, para recobrar finalmente su protagonismo con la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas, bajo la forma de los contratos no negociados e impuestos por el empresario al consumidor. Ésta es la figura que examina, una vez más, el Profesor Clavería Gosálbez en el pequeño pero sólido libro que acaba de publicar este año y cuya lectura atenta y reposada es francamente recomendable.

En efecto, el autor estudia aquí con la madurez y la maestría que nos tiene acostumbrados el régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas en el ordenamiento en vigor, estudio que es tanto más necesario cuanto que tal régimen se ha hecho más complejo e incierto en los últimos años. Ello se debe, de una parte, a la desafortunada recepción de dicha Directiva mediante la Ley de condiciones generales de 1998 (LCG) y, de otra, a las sucesivas modificaciones parciales de la Ley de consumidores de 1984 (LCU). A esto se une la discutible y doblemente «pequeña solución» del texto refundido que se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («BOE» del día 30) (TR), ya que no sólo está fuera del Código Civil –y por eso es pequeña– sino que tampoco constituye un verdadero código de consumo –y de ahí que lo sea doblemente– tanto por ser incompleto como por estar limitado en buena medida por el contenido normativo de las leyes objeto de refundición.

La obra comienza planteando la desigualdad económica y social existente entre el contratante poderoso –un profesional, normalmente un empresario– y el contratante débil –generalmente un consumidor– que no puede escapar del clausulado predispuesto por aquél si quiere obtener el bien o el servicio de que se trate. Admitidas sus ventajas micro y macroeconómicas, se resaltan los inconvenientes derivados de la reducción de las defensas y garantías de los adherentes, así como de la supresión de la libre competencia; y de aquí que la solución legal pase por posibilitar la información del adherente y por imponer la ineficacia de las cláusulas desequilibradas y lesivas para él.

Corroborar lo anterior una breve referencia histórica, en la que el autor subraya la influencia italiana en la Ley del contrato de seguro de 1980 a la par que el marcado acento alemán que se aprecia, a su juicio, tanto en la Directiva como en la LCU, en la LCG y en los anteproyectos que la precedieron. En un apunte sobre la naturaleza de las condiciones, se decanta claramente a favor de la tesis contractualista (De Castro), al tiempo que descarta la tesis normativista, lo mismo en la versión clásica del uso normativo (Garrigues) que en versión renovada de la eficacia declarativa de las fuentes del Derecho (Alfaro).

Tras esta exposición de índole dogmática, la obra se torna más analítica. Así, ante todo, se destaca el acierto de la nueva definición de consumidor, que se limita a comprender a la persona física o jurídica que actúa fuera de su ámbito profesional o empresarial (art. 3 TR), en consonancia con la opinión anterior del autor. A nuestro modo de ver, esta definición podía deducirse de una interpretación *a contrario* del ahora derogado párrafo final de la Disposición Adicional 1.^a de la LCU, añadido por la LCG, que definía al profesional como aquel sujeto que actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Pero el TR incurre en el error de resaltar en la Exposición de Motivos la equivalencia de esta nueva definición con el destinatario final del bien o del servicio (III-pár. 3.^o), lo que se explica por tratarse de un texto refundido, pero es claro que no responde a la noción legal que el propio TR acertadamente ahora establece.

Por otra parte, el Profesor Clavería recuerda también los conceptos básicos de la materia. Entiende por cláusulas predisuestas las que están preparadas previamente, que se contraponen a las cláusulas espontáneas; asimismo, considera que son cláusulas impuestas las que no han sido negociadas porque el adherente no se halla en condiciones de discutir las, a las que se opone y no puede eludir sin perder el bien o el servicio. Esto último, aunque no forme parte hoy del supuesto de hecho normativo, es un claro indicio de que no estamos en presencia de una efectiva negociación. Mientras las cláusulas predisuestas son propias de las condiciones generales, las impuestas se concretan en los contratos de adhesión. Aunque en teoría son cosas distintas e independientes, entre nosotros se presume la imposición si se da la predisposición. En los casos en que concurren cláusulas no negociadas y además sujetas a condiciones generales, procede la aplicación simultánea de la LCG y el TR puesto que son, a su juicio, sustancialmente coincidentes, como lo pone de relieve la hipótesis del adherente que no es consumidor, en la que el control de inclusión se somete en ambos textos casi al mismo régimen, lo que justifica su estudio conjunto.

En fin, es de interés el orden de las operaciones. Éstas comienzan con el control de inclusión destinado a determinar qué entra y qué no entra en el clausulado, para seguir después con la interpretación basada tanto en el beneficio del adherente como en lo que le favorece, y terminar con el control del contenido sobre la legalidad y el carácter abusivo de las cláusulas. Con notable perspicacia, el autor advierte una aparente contradicción a propósito de la interpretación de las condiciones generales oscuras, que resuelve con acierto dando preferencia a la interpretación que favorece al adherente, en tanto que, en caso contrario, si la oscuridad no admite ninguna interpretación favorable, sugiere la exclusión de la cláusula oscura.

En cuanto al control de inclusión o incorporación, la obra nos ofrece numerosas y atinadas observaciones. Así, sobre el supuesto general, se recomienda la doble firma, una al final del clausulado, si éste figura en el contra-

to, y otra bajo la cláusula de referencia, en caso de que consista, por ejemplo, en un folleto. Acerca de los contratos que deben constar en escritura pública, se plantean dudas cuando las condiciones no se incorporan a la misma sino que se han constar en la matriz, pues, aparte de perjudicar al adherente, no es claro si la referencia debe figurar también en las copias. Asimismo, se resalta que es un error identificar los contratos de celebración y ejecución rápida con los informales, esto es, los que no deben formalizarse por escrito. Finalmente, se alude a los contratos celebrados por teléfono y por vía electrónica, los cuales fueron regulados por el desafortunado Real Decreto 1906/1999, que preveía un derecho de desistimiento y la inmediata constancia por escrito u otro medio duradero del clausulado. Mientras el primero ha desaparecido, el TR mantiene el segundo requisito (art. 80.b-II), lo que constituye, a nuestro modo de ver, un grave error por lo que respecta a los contratos electrónicos. Aun cuando el autor estime que el texto reglamentario permanece en gran parte en vigor, lo cierto es que el último requisito quedó tácitamente derogado por la Ley de comercio electrónico de 2002 pues, no sólo no lo reitera, sino que admite que las condiciones generales –aun sin constar por escrito– puedan ser alarmadas y reproducidas por el destinatario, lo que viene a confirmar la última Ley de impulso de la sociedad de la información de 2007, que no modifica a la anterior en este extremo. De manera que la exigencia del escrito inmediato sólo subsiste para los contratos celebrados por teléfono, lo mismo fijo que móvil, al que se pueden asimilar el fax, la videoconferencia y los otros medios de comunicación a distancia distintos de Internet.

A continuación, el Profesor Clavería examina el régimen aplicable al control del contenido, el núcleo esencial de la obra. Frente a una concepción amplia, que comprende la nulidad de las cláusulas *contra legem*, tal control en sentido estricto alude a la represión de las cláusulas impuestas y abusivas. Según la Directiva, son abusivas las desequilibradas y contrarias a la buena fe, además de la lista gris de cláusulas que se presumen abusivas, mientras que entre nosotros, junto a la fórmula general de abusividad, ha persistido y aumentado una lista negra de concretas cláusulas abusivas, que el TR agrupa en estas cinco categorías: vinculación del contrato a la voluntad del empresario, limitación de los derechos del consumidor, falta de reciprocidad, desproporción en las garantías, la carga de la prueba y el perfeccionamiento o la ejecución del contrato, y contravención de las normas sobre competencia judicial y sobre conflictos de leyes (arts. 82.4 y 85-90).

Si extractamos las principales opiniones del autor, debemos subrayar su crítica al TR por hacer mención expresa de las «prácticas» abusivas ya que no son equiparables a las cláusulas de un contrato, aunque sean impuestas o no negociadas, careciendo además de autorización legal para ello. Es igualmente discutible que, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula se deba atender a la naturaleza, a las circunstancias y al contexto del contrato, y se mantenga al propio tiempo el sistema de registro público de las cláusulas declaradas abusivas por sentencia judicial. Los nuevos encabezamientos de las cláusulas abusivas permiten ampliar la lista a supuestos atípicos, los cuales requieren pasar en cada caso el filtro del desequilibrio opuesto a la buena fe, lo mismo que ocurre con las exceptuadas en cada enumeración, pero esto no les confiere el carácter de abuso presunto, que es propio de la lista gris. La ineficacia es la nulidad, sólo que parcial y a voluntad del consumidor, lo que la aproxima a la anulabilidad –con razón se habla de una nulidad relativa o de protección– y quiebra el principio del consentimiento al imponer al empresario unas cláusulas no queridas, de las que puede liberarse, sin embargo,

mediante la nulidad total del contrato con arreglo a un hábil y astuto entrelazamiento de sus distintas cláusulas. En fin, aunque se excluya o se omita, el control debería extenderse *de iure condendo* a algunos aspectos de las prestaciones principales, sobre todo, los que están relacionados con el precio y demás prestaciones pecuniarias.

Por último, en cuanto a la lista negra de cláusulas automáticamente abusivas, se distinguen las rígidas y las abiertas, según exijan una actividad de valoración, acaso judicial, como ocurre en muchas de ellas. Se trata de cláusulas «estigmatizadas», a juicio del autor, por consistir en aviesas desviaciones de los principios del Código Civil, resultando algunas curiosas y otras divertidas, el conjunto es desordenado, confuso y equívoco; y de aquí que proponga *de iure condendo* la supresión de las listas negras y grises y la elaboración cuidadosa de una fórmula abstracta de abuso basada, por ejemplo, en los actuales números 1, 3 y 4 del artículo 82 TR. Asimismo, sobre las cláusulas insólitas o sorprendentes, opina que no constituyen en nuestra legislación una figura autónoma, en tanto que la falta de transparencia puede afectar lo mismo al control de inclusión que a la interpretación *contra stipulatorem*. Tras criticar el control abstracto y el Registro, la recomendación final es que se incorporen en el futuro a los Códigos Civil y de comercio estas tres cosas, a saber: un leve pero efectivo control de inclusión (sólo vale lo que esté delante de la firma o en la *web* suscrita); un sencillito pero contundente control de contenido (carácter imperativo de determinadas normas actualizadas sobre contratos) y, en fin, una buena regulación de la nulidad parcial. Lo que no sólo es razonable sino que aumentaría la seguridad jurídica y, por tanto, la confianza de los consumidores en el mercado.

En definitiva, es claro que estamos ante una obra madura y casi definitiva, que ha sido elaborada con el magisterio que confieren al autor los cerca de treinta años que ha dedicado al estudio del tema y fruto de los cuales es la media docena de trabajos anteriores sobre el mismo. Además, se trata de una de las primeras exégesis del nuevo TR de la legislación protectora de los consumidores en la parte relativa a las cláusulas abusivas y sus conexiones con las condiciones generales de la contratación. Como decíamos al principio, por último, este breve libro merece ser leído con atención y el lector, con toda seguridad, saldrá enriquecido de esta grata experiencia.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (Coord.); LÓPEZ PELÁEZ, Patricia; YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *La reforma de la prelación de créditos (Comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 323 pp.

El Profesor Lasarte Álvarez, en el prólogo de la obra que ahora se comenta, auguraba lo que a su juicio parecía el futuro más inmediato del Proyecto de Ley 121/000098 sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares. En particular y visto el estado de la tramitación parlamentaria en el mes de julio de 2007 –fecha en que los coautores de este volu-

men concluían la redacción final del trabajo–, anticipaba a los lectores que no sería la legislatura 2004–2008 la que tendría la fortuna de aprobar este texto normativo¹. Con todo y dada su relevancia socioeconómica así como la laguna pendiente de regulación, debería ser retomada de forma inmediata su tramitación. Recuérdese que la propia disposición adicional trigésimo tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal instaba al Gobierno, la remisión, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, a las Cortes Generales de un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares.

A estos elementos sobre la conveniencia de la aprobación de una Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos, se añade el nuevo ciclo económico que, según los indicadores, resulta ser aparentemente recesivo, con directas consecuencias e implicaciones en materia de incumplimiento de relaciones patrimoniales. Esta cuestión da más fuerza a que las reflexiones, comentarios y críticas que esta obra plantea deban ser estimadas en el debate parlamentario que precederá a la futura Ley de concurrencia y prelación.

Si ya hemos señalado el acierto con que el prólogo describe esta obra, otro de los aspectos recogidos en él no resulta fácilmente aceptable pese al ejercicio de humildad académica que lo ilumina. No se trata de una obra menor, sino al contrario un trabajo universitario, reflexivo, crítico, directo y sintético, cualidades que hacen más que recomendable no sólo su lectura sino que sea el propio legislador el que recoja el «guante» de las rectificaciones que deberían ser incorporadas al texto de la futura Ley. Este trabajo tendrá aún más utilidad si cabe, ya que cumplirá entonces la Universidad y sus investigadores con una de las encomiendas básicas consistente, en este caso, en la mejora del conjunto del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que los muchos aciertos del Proyecto 121 deban ser reproducidos en la inmediata ley que se reclama.

En cuanto a los autores, destacamos en primer lugar al Profesor Carlos Lasarte Álvarez, Catedrático y Director del Departamento de Derecho civil de la UNED, Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, extremos que sumados a las múltiples publicaciones previas a ésta² así como las que después han seguido (*vid.*, entre otras últim., «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», *La Ley*, XXIX, 6.899, 2008, pp. 1 a 8) dan una medida del rigor que avala la obra que se comenta. Coautoras también son otras dos Profesoras del Departamento de Derecho civil de la UNED, discípulas y pupilas del Prof. Lasarte, tal y como se recoge en el prólogo que firma.

En particular y en cuanto a la Profesora Titular de Derecho civil de la UNED, Patricia López Peláez cabe destacar su trabajo y línea de investigación en materia de preferencias, avalada por la publicación de otros volúmenes y artículos en revistas de impacto³. Caso también de la Profesora Contra-

¹ El Real Decreto 3/2008, de 14 de enero, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, produce la caducidad de los proyectos no culminados (*vid.*, *BOCG*, serie D, 675, de 13 de febrero de 2008, recoge el elenco de proyectos caducados).

² Entre otras reconocidas obras, los siete tomos de los *Principios de Derecho Civil*, publicada en Marcial Pons.

³ *Vid.*, *Los créditos preferentes en el Derecho español*, Trivium, Madrid, 2001; «El crédito preferente del hotelero», *RCDI*, 665, pp. 1137 a 1183; «La concurrencia de varias garantías inscritas sobre el mismo bien inmueble: criterios para su resolución», *El Consul-*

tada Doctora Fátima Yáñez Vivero, experta en Concurso de Acreedores y participe en diversos Proyecto de Investigación⁴ y autora de varios artículos en la materia⁵.

Señalada la importancia y acierto del tema estudiado (difícil donde los haya), la experiencia y rigor curricular de sus autores garantiza el resultado final de la publicación. En particular y en cuanto a la estructura de la obra, hay que destacar la clarificadora sistemática elegida, ya que se presenta en cuatro capítulos al que se añade un anexo donde se transcribe el texto del proyecto y se cierra con una bibliográfica que recoge un selecto repertorio de las publicaciones más relevantes en la materia. Como decimos cuatro son núcleos temáticos, el planteamiento, las preferencias especiales, las generales y la recapitulación final.

En el primero de sus capítulos sobre la «Visión general» se ocupan tanto de los principios inspiradores del Proyecto de Ley como de las diversas causas de preferencia y su contemplación en el Código Civil, para concluirlo con una elección doctrinal sobre la inexistencia de un concepto legal de privilegio: la preferencia como categoría.

En aquel capítulo preliminar se advierte que el Proyecto pretende eliminar las divergencias y disparidades existentes hasta ahora y fundadas en la concurrencia de créditos planteada dentro o fuera de un concurso de acreedores. En principio, se afirma, la relación entre los acreedores de un mismo deudor no debe alterarse según el carácter individual o universal de la ejecución seguida. En este sentido, una de las intenciones del Proyecto era seguir las propuestas de la Ley Concursal y recoger las preferencias de cobro en un cuerpo legal único, conformando así un conjunto ordenado y sistemático y reduciendo, adicionalmente, su número. Conocida es tanto la dispersión de preferencias y situaciones privilegiadas, como su directa consecuencia sobre la *par conditio creditorum*, principio caracterizado ahora por su escasa aplicabilidad.

En buena lógica el Proyecto modificaba, como no podía ser de otra manera, tanto el Código Civil –arts. 1921 a 1929– como otras once leyes especiales, convirtiendo al Código Civil en centro de imputación normativa de esta materia para los casos de ejecución singular. Por tanto, el Proyecto pretende subsumir en un único texto la totalidad de preferencias de cobro muchas de las cuales, por cierto, ya estaban recogidas pero en leyes especiales como los créditos salariales, los derivados de la Propiedad horizontal, Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, o arrendamiento financiero.

tor Inmobiliario, 29, 2002, pp. 17 a 36; «La protección del comprador de una vivienda sobre plano en caso de embargo de una vivienda en construcción» (en coautoría Mondejar Peña), *El Consultor Inmobiliario*, 50, 2004, pp. 14 a 25.

⁴ Es el caso del Proyecto «La reforma del Derecho Concursal. Antecedentes y objetivos» (BJU2003-0253-C02-01), financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (Plan Nacional I+D+I 2000-2003), del titulado «La reforma del Derecho Concursal. Antecedentes y objetivos (II). Hacia un Derecho Concursal Internacional» (SEJ2006-11275/JUR1), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Investigación, siendo investigador principal en ambos casos Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

⁵ *Vid.*, «¿Es necesaria una regulación específica del crédito alimenticio en el concurso y en la ejecución singular?», *AC*, 19, noviembre 2007, pp. 2209-2227; «La prestazione alimentare nel fallimento e nella esecuzione individuale: uno sguardo comparato tra la Spagna e l'Italia», *QUADERNI DEL NOTARIATO (Famiglia e Diritto: profili evolutivi di un rapporto complesso)*, Ed. Ipsoa, 2007, p. 147 ss.

Por otra parte, el Proyecto suprime preferencias subsistentes en el Código Civil para el caso de la ejecución singular, pero que ya habían sido eliminadas en el ámbito concursal, como las preferencias especiales en favor de créditos derivados de los contratos de transporte, hospedaje, o seguros, las establecidas a favor de los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos, así las generales por funeral, gastos de última enfermedad, o anticipos para gastos básicos hechos también en el último año antes del fallecimiento.

En definitiva, el sistema de preferencias que se establece resultará de aplicación a todas las ejecuciones singulares, judiciales o no judiciales, y por tanto también al supuesto de cesión de bienes a los acreedores. Finalmente y además de la acertada precisión terminológica y claridad conceptual del Proyecto, los autores también quieren destacar la adecuación del sistema al establecido en el ámbito concursal.

El segundo de sus capítulos sobre «Preferencias especiales», se sistematiza, a su vez, en el análisis del sistema vigente, el estudio comparado del sistema, el orden de prelación de los créditos preferentes para concluir con una valoración crítica de la regulación de las preferencias especiales en el Proyecto de Ley. En este punto y, en particular, reclaman en la obra una reflexión más sopesada tanto en sede de protección a los créditos en favor de la comunidad de propietarios en la Propiedad horizontal, como la ofrecida ahora a los vendedores en los casos de pacto de reserva de dominio, prohibición de disponer y condición resolutoria expresa por falta de pago. Igualmente, abogan por una necesaria precisión del sentido técnico de la preferencia que se quiere atribuir en el Proyecto a los créditos que gozan de derecho en retención «en prenda» sobre determinados bienes. Caso de que se trate de una reiteración de la preferencia de los créditos garantizados con prenda este apartado debe ser suprimido, pero si el legislador introduce una preferencia sobre los créditos reforzados con una mera facultad de retención, debería establecerlo con más claridad y analizar previamente las consecuencias que, entre otras obligaría a establecer esta preferencia todavía inédita en el ámbito concursal.

Con idéntica línea argumentativa, convienen los autores en que sería recomendable aclarar los términos de la preferencia que se quiere otorgar a los créditos que gozan de «afección análoga a la hipotecaria y hayan obtenido la consignación registral precisa», pues si no se trata de una hipoteca válidamente constituida, ni de créditos anotados en el Registro en virtud de mandamiento de embargo, al disponer de reconocimiento preciso en otro apartado legal, no resulta fácil entender de qué créditos se trata, ni en qué condiciones la ley puede proteger a un crédito con una afección análoga a la hipotecaria, con consignación registral, pero que no sea un derecho real de garantía sobre un inmueble.

En este sentido, también invitan a la reflexión sobre la decisión de reducir, hasta el extremo en que se hace, la preferencia otorgada a los créditos que disponen a su favor de una anotación preventiva de embargo. Por una parte, es cierto que la Ley Concursal no reconoce ningún tipo de preferencia, ni especial ni general, en favor de créditos con anotación preventiva de embargo, que sólo serán preferentes si disponen de alguna otra causa de preferencia de las reconocidas en la Ley 22/2003. En definitiva, esta opción exigiría de nuevo la armonización del sistema concursal con el de preferencias.

En su virtud, si el titular del derecho de crédito, de consuno con su deudor, puede constituir la garantía real inmobiliaria y su preferencia, no resulta

fácilmente explicable que el juzgador carezca por su parte de dicha facultad al decretar una anotación preventiva de embargo.

En este sentido, su fundamentación y necesidad resultan legítimos y la fe pública registral no debe admitir distinciones. Por tanto, si el Registro de la Propiedad se reputa exacto e íntegro, no perjudicando los actos no inscritos a los derechos registrados, este principio deberá ser mantenido como criterio general. Razones de seguridad jurídica recomiendan que a los acreedores anotantes no debieran perjudicarles derechos que ni conocen ni pudieron conocer.

Así ocurre con la preferencia especial que se reconoce en el Proyecto al crédito del vendedor con pacto de reserva de dominio, prohibición de disponer, o condición resolutoria expresa por falta de pago. Por otra parte y por lo que a la preferencia especial de los créditos en favor de la comunidad de propietarios en la propiedad horizontal se refiere, se trata de un supuesto existente en el ámbito civil pero no en el concursal; en cuanto a la preferencia general de los créditos derivados de la cesión de la propiedad intelectual –existentes por el contrario en el ámbito concursal y no en el civil–, o la preferencia general reconocida a los créditos que constan en instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firme, que no tiene espacio alguno entre las preferencias concursales.

El capítulo tercero aborda las preferencias generales. En particular, el análisis comparativo del Proyecto de Ley en respecto al Código Civil vigente en materia de preferencias generales; el análisis comparativo del Proyecto de Ley en relación con la regulación por la Ley Concursal de las preferencias generales; el mantenimiento del crédito por alimentos como preferencia general suprimida por la Ley Concursal; la aparición de una nueva preferencia general como es la derivada de las indemnizaciones por daños personales no asegurados. Y por fin, el orden de prelación entre preferencias generales y las anotaciones de embargo y valoración crítica de las preferencias generales.

Así, en el ámbito de las preferencias generales, el Proyecto introduce como nuevas preferencias la reconocida en favor de los créditos por indemnizaciones por daños personales no asegurados en los supuestos en que el acreedor sea el propio lesionado, o en caso de muerte su cónyuge o descendientes menores de edad (con notables diferencias entre la regulación civil y la concursal de esta preferencia) la preferencia general para los créditos que resulten de un laudo arbitral firme, y se reintroduce una preferencia en favor de los créditos por alimentos debidos por el deudor, también como preferencia general, si bien en la Ley Concursal resultan ser créditos contra la masa.

Por ello, en la obra se defiende que la preferencia atribuida a los créditos garantizados con una anotación preventiva de embargo debería ser mejorada en el rango que se le concede y, en ningún caso, posponerse respecto de las preferencias generales, al estar sustentada en la publicidad registral proporcionada por un sistema registral que, como el nuestro, merecería una atención prioritaria en cualquier ordenamiento moderno de concurrencia y prelación de créditos. También destacan que debería ser reconocida la preferencia, y unificarse así el sistema concursal, al crédito por cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual, pues carece de justificación la omisión de esta preferencia fuera del concurso.

Igualmente, recomiendan la armonización con la Ley Concursal el caso de la regulación del crédito por alimentos. Parece preferible la configuración de este crédito no como un crédito preferente sino como un crédito prededucible, que no debe ser, en absoluto, incompatible con la posibilidad de que los sujetos necesita-

dos acudan, previamente, a los patrimonios de otros alimentantes legalmente obligados, sobre todo si la situación patrimonial del deudor es delicada.

También entienden que debería perfeccionarse la redacción de la preferencia que se atribuye al crédito derivado de las indemnizaciones por daños personales no asegurados, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de los sujetos titulares de la misma, y a la inclusión del resarcimiento por daño moral, explícitamente excluido en el Proyecto.

En cuanto a la recapitulación general, recogida en el capítulo cuarto, los autores estiman necesaria la coordinación con la normativa concursal, si se pretende una regulación de la materia coincidente dentro y fuera del concurso. En este sentido insisten en dicho elemento ya que si van a subsistir por decisión consciente del legislador dos sistemas de graduación y prelación de créditos, uno concursal y otro extraconcursal, su armonización resulta esencial. Lo cierto es que el Proyecto deja subsistentes ciertas disparidades en el tratamiento de algunos créditos determinados, sin razones de peso que lo justifiquen.

Otro punto crítico se refiere a la reflexión en torno a la pretensión del Proyecto ya que si era la consolidación del camino iniciado por el legislador concursal, reduciendo o mitigando los múltiples privilegios y preferencias, este objetivo no se alcanza ya que si bien es cierto que se suprimen algunas preferencias, no se puede ocultar que constituyen otras nuevas. Finalmente y además del anexo que transcribe el Proyecto objeto de comentario, se cierra el tomo con un repertorio bibliográfico que como ya hemos señalado reúne buena parte de las aportaciones doctrinales más fundamentales.

La relevancia del trabajo y el interés de su contenido ya ha quedado apuntado en las líneas precedentes; en este sentido también conviene tener presente que este trabajo publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en la Colección Cuadernos de Derecho Registral, sabiamente dirigida por Antonio Pau, es otro aval adicional a su contenido. En este sentido también destacaremos que el libro fue presentado en el marco inigualable del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, donde los autores tuvieron la oportunidad de expresar su sincero agradecimiento al Colegio, en la persona de su Decano, D. Eugenio Rodríguez Cepeda, y al Director de la Colección «Cuadernos de Derecho Registral», D. Antonio Pau Pedrón.

Añádase a lo anterior, la doble dedicatoria tanto del libro como de la presentación a la Profesora Díaz-Ambrona y Bardají, Titular de Derecho Civil de la UNED, convirtiendo el acto de presentación en un foro de reencuentro de juristas, donde no se desaprovechó la ocasión de revisar alguno de los aspectos más relevantes del libro, del Proyecto y del propio sistema concursal.

En síntesis, este estudio que toma como fundamento el Proyecto de Ley 121/000098, sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, asume el reto crítico del estado y el contenido del sistema concursal y de preferencias, por lo que auguramos que será uno de los elementos de debate que el legislador deba tener en cuenta cuando en un futuro inmediato se plante de nuevo su tramitación. La temática, su planteamiento y sus aportaciones hacen que este trabajo deba ser una de las obras de referencia en el nuevo sistema preferencial.

M.^a Fernanda MORETÓN SANZ
Profesora de Derecho Civil UNED

VV. AA.: *La protección de las personas mayores* (director Carlos Lasarte Álvarez), editorial Tecnos, Madrid, 2007, 462 pp.

1. Según el informe *Las personas mayores en España. Informe 2006*, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en 1970 la población en España de más de sesenta y cinco años era de unos 3 millones de personas (el 9,7% de la población total), cifra que en el año 2005 ascendió a más de 7 millones de personas (el 16,6% de la población total). Esta tendencia creciente, según los estudios que han realizado distintos organismos, se mantendrá durante el siglo XXI. Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística considera que en el año 2050 habrá en España unos 16 millones de personas mayores de 65 años (el 30,8% de la población total). Por su parte, las proyecciones de población realizadas por Naciones Unidas para el año 2050 (*United Nations: World Population Prospects: The 2004 Revision*) calculan que España será el tercer país más viejo del mundo, sólo superado por Japón e Italia, con un 34,1% de la población con una edad superior a los sesenta y cinco años.

Estos cambios demográficos están produciendo en España un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. A esta realidad, derivada del envejecimiento de la población, deben añadirse los casos de dependencia cuyo origen se encuentra en las enfermedades y en otras causas de discapacidad (siniestralidad laboral y vial), que también están experimentando un aumento en los últimos años.

2. Por otra parte, debe recordarse que desde la aprobación de la Constitución de 1978, España es un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). El denominado Estado del bienestar se concreta en diversos preceptos constitucionales y se materializa a través de la legislación de desarrollo. Así, por ejemplo, en lo referente a la protección de las personas con discapacidad y de las personas durante la tercera edad, hay que tomar en consideración los artículos 49 y 50 CE.

El Legislador español, en virtud del mandato constitucional, ha aprobado numerosas normas encaminadas a la protección integral de los discapacitados y de las personas durante la tercera edad. En una primera fase, dichas normas se centran básicamente en la protección sanitaria universal y en las prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, los cambios sociales acaecidos en España en los últimos años ha hecho necesaria una revisión de nuestro modelo de Estado del bienestar, con la finalidad de adaptarlo al nuevo modelo de sociedad. De esta manera los servicios sociales de las diferentes Administraciones Públicas competentes estarán en disposición de ofrecer una adecuada protección social a los ciudadanos y una respuesta satisfactoria a las distintas situaciones de dependencia. La necesaria adaptación (o mejor dicho, evolución) de nuestro Estado del bienestar se está realizando por el Legislador por medio de la aprobación de diversas Leyes, entre las que cabe destacar las siguientes: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*; y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, *por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipo-*

tecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

3. La protección de las personas discapacitadas y de las personas durante la tercera edad también constituye una preocupación para diversas organizaciones internacionales, como se acredita a través de los numerosos acuerdos y documentos que aprueban sobre la materia.

– En este sentido, la Organización de Naciones Unidas ha aprobado en 1991 los *Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad* y en el año 2006 la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

– La Organización Mundial de la Salud ha aprobado, entre otros, el *Informe sobre Envejecimiento y salud* de 2002; la *Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores* de 17 de diciembre de 2002; y el *Informe sobre la discapacidad: prevención y rehabilitación en el contexto del derecho al goce del grado máximo de salud que se pueda lograr y otros derechos relacionados* de 2006.

– Por su parte, el Consejo de Europa ha aprobado diversas Recomendaciones sobre la materia [entre otras, la *Recomendación del Consejo de Europa núm. (87) 22, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la detección y atención a las personas mayores*; la *Recomendación del Consejo de Europa núm. (98) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la dependencia*; y la *Recomendación del Consejo de Europa núm. (2006) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*]. A este respecto, es interesante destacar que el Consejo de Europa en la citada Recomendación núm. (98) 9 define la dependencia como «un estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar actos corrientes de la vida ordinaria»; asimismo señala que «la dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores. Si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud, la edad no es el único criterio acerca de este estado».

– Por último, la Unión Europea también se ha ocupado, desde muy diversas perspectivas, de la protección de las personas con discapacidad y de las personas mayores, como queda acreditado a través de los numerosos documentos comunitarios que existen sobre dicha cuestión (véase <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s02311.htm>). En concreto, en el ámbito de la Unión Europea, las políticas de dependencia de los Estados miembros se deben regir por los siguientes criterios: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas de protección que se instauren.

4. Creo que los datos expuestos invitan a la reflexión y permiten afirmar que es necesario que los poderes públicos adapten sus objetivos y sus políticas a la nueva realidad social, que demanda más apoyo y protección

social. Pero también es necesario que los agentes sociales, la universidad y la sociedad en su conjunto, desde sus respectivos ámbitos de responsabilidad, se involucren activamente en la tarea de incrementar cuantitativa y cualitativamente los mecanismos de protección social a favor de las personas durante la tercera edad y de los discapacitados.

Y precisamente en este ámbito se enmarca la monografía objeto de esta recensión. Se trata de una obra colectiva, fruto de un proyecto de investigación financiado por el IMSERSO, dirigido por el profesor Carlos Lasarte Álvarez (Catedrático de Derecho civil-UNED), en la que participan profesores e investigadores universitarios de distintas disciplinas (Derecho civil, Derecho constitucional, Derecho privado comparado, Derecho romano, Hacienda Pública, Psicología, Sociología y Trabajo social) tanto de Universidades españolas como europeas [en concreto, de la Universidad de Salerno (Italia)].

5. La estructura de la obra es la siguiente: tras una breve presentación realizada por el profesor Lasarte Álvarez, la monografía se divide en cinco partes diferenciadas, en las que se agrupan por temas las contribuciones de los distintos autores.

5.1 La *Parte Primera* se dedica al *sistema de protección de los mayores* y consta de siete capítulos en los que se abordan las siguientes materias: *a*) la protección constitucional de la tercera edad (pp. 19 a 30); *b*) el nuevo sistema de protección de las personas con autonomía limitada (desde la incapacitación judicial a la discapacidad y la dependencia) (pp. 31 a 49); *c*) la capacidad y la tutela jurídica de las personas mayores en el Ordenamiento italiano (pp. 50 a 70); *d*) la protección de las personas durante la tercera edad en el Derecho italiano (pp. 71 a 96); *e*) la tutela de las personas mayores incapacitadas (pp. 97 a 113); *f*) la atención social a la dependencia: un nuevo derecho de los ciudadanos mayores (pp. 114 a 129); y *g*) el papel de la mediación familiar en la solución de conflictos (pp. 130 a 143).

5.2 La *Parte Segunda* se ocupa de los *aspectos personales* y contiene también siete capítulos en los que se estudian los siguientes temas: *a*) la autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores (pp. 147 a 161); *b*) el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (pp. 162 a 178); *c*) el procedimiento de incapacitación y las consecuencias jurídicas de la pérdida de capacidad en las personas mayores (pp. 179 a 196); *d*) el apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad (pp. 197 a 215); *e*) el juicio notarial de capacidad con especial referencia al deterioro cognitivo de las personas que se produce por enfermedades como el alzheimer (pp. 216 a 233); *f*) el acogimiento de personas mayores y la guarda de hecho (pp. 234 a 257); y *g*) el consentimiento informado de las personas mayores (pp. 258 a 269).

5.3 La *Parte Tercera* se centra en los *aspectos patrimoniales* y consta de cinco capítulos en los que se analizan los siguientes temas: *a*) la responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces (pp. 273 a 293); *b*) la cesión de un inmueble a cambio de asistencia: el contrato de alimentos (pp. 294 a 312); *c*) la renta vitalicia como opción para la subsistencia (pp. 313 a 328); *d*) la obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española: análisis actual y tendencias de futuro (pp. 329 a 345); y *e*) la tributación de las aportaciones y las prestaciones de los planes de pensiones (pp. 346 a 360).

5.4 La *Parte Cuarta* está dedicada a los *aspectos sucesorios* y se compone de cuatro capítulos en los que se abordan las siguientes materias: *a)* el abandono asistencial de la tercera edad y la desheredación de los descendientes en la España contemporánea (pp. 363 a 383); *b)* las medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación (pp. 384 a 397); *c)* la dispensa de colación de los gastos realizados para atender las necesidades de las personas con discapacidad (pp. 398 a 411); y *d)* el legado de alimentos como instrumento de protección de los intereses sucesorios de las personas discapacitadas (pp. 412 a 426).

5.5 La *Parte Quinta*, última de la monografía objeto de esta recensión, se centra en los *aspectos psicológicos y sociológicos* y consta de tres capítulos en los que se abordan las siguientes materias: *a)* la desprotección asistencial y la insensibilidad social en la detección precoz del deterioro cognitivo (pp. 429 a 436); *b)* la evolución demográfica de la sociedad española y sus nuevas necesidades (pp. 437 a 450); y *c)* las nuevas demandas de la población dependiente y de la tercera edad en España en materia de movilidad y transporte (pp. 451 a 462).

6. En conclusión, estamos ante una obra bien estructurada y completa, cuyo carácter multidisciplinar permite al lector aproximarse a la temática de la protección de las personas mayores, discapacitadas y dependientes desde muy distintas perspectivas. Constituye, en definitiva, un buen instrumento para conocer los aspectos personales, patrimoniales, sucesorios, psicológicos y sociológicos de la protección que el Estado ofrece en la actualidad, por distintas vías, a las personas dependientes.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÁ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

AUER, M.: «Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung», *NJW*, 2007, núm. 16, p. 1106.

La autora examina la extensión y límites del principio de interpretación conforme de los derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea respecto de las normas comunitarias. (*B. T. G.*)

FALZEA, A.: «Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche», *RDC*, 2007, núm. 5, parte prima, pp. 579-584.

Nueva reflexión sobre las fuentes del Derecho y los problemas de interpretación de la normativa jurídica. (*M. R. D. R.*)

GUARNERI, A.: «Le categorie ordinanti del diritto civile», *RDC*, 2007, núm. 5, parte seconda, pp. 547-559.

Breve reflexión histórica y comparada acerca de la necesidad de establecer un sistema uniforme de conceptos de Derecho civil, por encima de la diversidad de sistemas y regímenes jurídicos de cada Estado: hechos jurídicos, actos, negocio jurídico... (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

AZZI, T.: «Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé: état des questions», *RIDA*, núm. 214, octubre 2007, pp. 3-103.

Perspectiva francesa de la regla de conflicto de leyes aplicable a los contratos de explotación de los derechos de propiedad literaria y artística, con especial atención a los aspectos menos claros (en particular, la adscripción). (C. J. D.)

BALLARINI, G.: «La capacità giuridica “statica” del concepito», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1462-1518.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del concebido y no nacido. El *nasciturus* como dato real. El embrión y la persona: la relación entre autonomía e independencia. La persona como hipótesis de formación progresiva. (Alma R. G.)

BANDRAC, M./DELAISI DE PARSEVAL, G. /DEPADT-SEBAG, V.: «Répenser la prohibition de la gestation pour autrui?», *RD*, 2008, núm. 7, pp. 434-441.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de apelación de París de 25 de octubre de 2007 sobre nulidad de inscripción por nacimiento de hijos gestados por otros. Validez en Derecho californiano pero no en Derecho francés. Situación de *lege lata* y de *lege ferenda*. (I. S. P.)

CARACCILO, R.: «L'incapacità naturale tra questioni di sostanza e problema di prova», *NGCC*, 2007, núm. 10, pp. 1063-1072.

Comentario jurisprudencial acerca del contenido y extensión del concepto de incapacidad natural. (Alma R. G.)

COHEN JEHORAM, H.: «Facilitating copyright infringement by running *peer-to-peer* networks. Even the Netherlands may join a growing international consensus», *RIDA*, núm. 214, octubre 2007, pp. 105-131.

¿Atentan las redes *peer-to-peer* contra el derecho de autor? ¿Actúan de modo ilícito al facilitar intercambios no autorizados de música, películas u otras obras protegidas? El autor analiza alguno de los pasos vacilantes por los que se va llegando a un consenso internacional en lo relativo a las cuestiones apuntadas (en particular, se detiene en el caso Kazaa). (C. J. D.)

CORE, E. DEL: «Diritti di cronaca e di critica del giornalista in relazione ad interrogazioni parlamentari», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 857-863.

Comentario jurisprudencial sobre el fundamento del derecho de información y el ejercicio del mismo en materia de difusión del contenido de preguntas parlamentarias. (Alma R. G.)

Doi, T.: «Chronique du Japon. IP multicasting of broadcast programs: How copyrights and related rights are affected and collectively administered in Japan under the Copyright Act as amended in 2006», *RIDA*, núm. 213, juillet 2007, pp. 139-233.

Descripción de los cambios introducidos por la Ley de 22 de diciembre de 2006 en la normativa japonesa sobre el derecho de autor. El objeto de la reforma —explica el autor— es limitar el derecho exclusivo de los artistas intérpretes y de los productores de fonogramas a autorizar la puesta a disposición con fines de transmisión, para tener en cuenta la aparición de la multidifusión IP de programas radiodifundidos. (C. J. D.)

DUPRÉ DE BOULOIS, X.: «Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé», *SJ*, 2007, núm. 49, pp. 211.

La doctrina de Derecho público se esfuerza desde hace una década en determinar el significado y los contornos de los conceptos de libertad fundamental y derecho fundamental poco a poco presente en derecho positivo. El estudio de la jurisprudencia demuestra a la vez su vigor en Derecho privado y también la existencia de lógicas diferentes de las del Derecho público en su desarrollo. Estas diferencias se ilustran, en particular, a través de las funciones asignadas al «fondamentalité» y los contornos de la categoría elegida por el juez. Por eso se debe concluir que no existe un concepto de derecho fundamental o libertad fundamental en condiciones de servir al conjunto del derecho positivo francés. (*I. S. P.*)

FABRE-MAGNAN, M.: «Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale», *RD*, 2008, núm. 1, pp. 31-39.

Posición del tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de autonomía personal basado en el derecho al respeto a la vida humana. Libertad individual. Diversas concepciones del derecho y su función que dividen a la doctrina. (*R. A. R.*)

FRANÇOIS, L.: «Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression», *GP*, 2007, núm. 248-249, pp. 2-6.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 17 de junio de 2007 donde se da preferencia al derecho a respetar la vida privada sobre la libertad de expresión frente a la jurisprudencia anterior. (*R. A. R.*)

GAETANO, L. DI: «Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile – nota a C. Cost. 10 febbraio 2006 n. 61», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1061– 1070. (*M. R. D. R.*)

GIORDANO, R.: «Breve nota sulla presunta inapplicabilità del c.d. “foro del consumatore” nelle controversie relative al trattamento dei dati personali – nota a Cass. Ord. 31 maggio 2006 n. 12980», *GC*, 2007, núm. 6, pp. 1441-1445. (*M. R. D. R.*)

IZZO, P.: «La disciplina delle biotecnologie e la tutela della “dignità umana”: la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1178-1192.

El lector puede encontrar en el presente artículo un análisis de la ley italiana de transposición de la Directiva 98/44 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas: la Ley 78/2006, de 22 de febrero.

Por un lado, la autora se detiene en la solución de compromiso a la que ha llegado el legislador italiano en esta materia, marcada por la necesidad de establecer los límites entre el derecho a la libertad de investigación y el deber de respeto a la dignidad humana.

Por otro lado, se ponen de relieve las novedades introducidas por el legislador italiano respecto de la Directiva, entre las que destacan la introducción de un nuevo límite (el respeto a la dignidad humana), así como la exigencia de que la persona de la que se extrae el material biológico otorgue consentimiento expreso, libre e informado. (*B. F. G.*)

LACABARATS, A./CALVEZ, F.: «Liberté d'expression et protection de la réputation et de la vie privée des personnes exerçant des activités publiques», *GP*, 2007, núm. 278-279, pp. 8-12.

Regulación legal en el Derecho francés e influencia de la Convención de derechos y libertades fundamentales del hombre. Posición de la Corte Europea de derechos humanos. (R. A. R.)

PLANA, S.: «La recherche de la nature juridique du logiciel: La quête du graal», *RIDA*, núm. 213, juillet 2007, pp. 87-137.

Búsqueda de la naturaleza jurídica del logicial: A juicio del autor, el logicial, calificado de obra del espíritu por el legislador, y de cosa por la jurisprudencia, tiene una tercera faceta como servicio suministrado a su adquirente. (C. J. D.)

POLLAUD-DULIAN, F.: «La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans: Bilan et perspectives», *RIDA*, núm. 213, juillet 2007, pp. 3-85.

Análisis de los cincuenta años de la francesa Ley de 11 de marzo de 1957, sobre propiedad intelectual. El autor, que hace alusión a las aportaciones que supuso la ley, con sus reformas, y a su consolidación en el tiempo, describe los principios sobre los que se asienta el texto legal y apunta que ha tenido influencia en las Directivas europeas. El balance es positivo, aunque a juicio del autor las perspectivas son inciertas. (C. J. D.)

SEVILLE, C.: «Chronique du Royaume-Uni», *RIDA*, núm. 214, octobre 2007, pp. 132-195.

Crónica de la evolución del derecho de autor en el Reino Unido en los últimos años. (C. J. D.)

SHERIFF, F.: «Ancora sul cognome –nota a C. cost. 16 febbraio 2006 n. 61», *GC*, 2007, núm. 10, pp. 2079-2086. (M. R. D. R.)

SUDRE, F.: «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *SJ*, 2007, núm.36, pp.182.

La presente crónica abarca el primer semestre de 2007, señalado por decisiones de principio relativas a los actos realizados en nombre de la ONU (*infra* n.º 1), la aplicación del artículo 6 al contencioso de la función pública (*infra* n.º 4) y por una sentencia «polaca» relativa al fracaso terapéutico (*infra* n.º 7). Por otra parte, la materia es abastecida ampliamente por el contencioso francés (derechos de los presos, liquidación judicial, protección de la imagen, solicitud de asilo...). (R. A. R.)

TARUFFO, M.: «La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto», *RTDPC*, 2007, núm. 2, pp. 529-537.

De nuevo, sobre la tutela jurisdiccional de intereses colectivos, como laguna a solucionar para hacer efectiva la garantía constitucional del artículo 24.1 de la Constitución. (M. R. D. R.)

TEICHMANN, C.: «Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte», *NJW*, 2007, núm. 27, p. 1917.

El artículo se ocupa del reciente desarrollo de la protección de los derechos de la persona a partir del caso de Carolina y Ernesto von Hannover (B. T. G.)

PERSONA JURÍDICA

DORIA, G.: «Il patrimonio finalizzato», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 485-515.

Observaciones sobre la figura de la persona jurídica fiduciaria, la «sociedad de capital unipersonal», su patrimonio, y la figura del «trust» y actividades fiduciarias. (*M. R. D. R.*)

FORASSASI, S.: «Le associazioni dei consumatori e degli utenti: i requisiti per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale –nota a Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2007 n. 611», *GC*, 2007, núm. 3, pp. 764-775. (*M. R. D. R.*)

LEONARDO, G.: «L'amministrazione ed il controllo di associazioni e fondazioni in una prospettiva di riforma», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 348-417.

Este artículo se encuadra en la opinión que, desde hace años, reclama una reforma profunda del título segundo del libro primero del Código civil italiano, relativo a las asociaciones y fundaciones. Las propuestas del autor, que se centran en la articulación y en las competencias de sus órganos, toman como punto de referencia el proyecto de reforma presentado por sujetos privados al Gobierno italiano en el año 2003.

La realidad estadounidense es, también, un elemento que el autor toma en cuenta a la hora de elaborar las directrices que propone y que pueden sintetizarse del siguiente modo.

La creciente intervención de las asociaciones y de las fundaciones en el mercado es la principal razón que justifica una regulación más detallada de su estructura organizativa. El proyecto de reforma citado se ha inspirado en el denominado *modello monistico (sic)*, propio de los sistemas anglosajones y que se caracteriza por la existencia de dos órganos en sentido estricto: la asamblea de los socios y el consejo de administración. Dentro de este último se nombra un comité de control.

El autor se muestra a favor de la adopción de este modelo por su simplicidad y flexibilidad. Sin perjuicio de ello, y a partir de las diferencias entre la asociación y la fundación, propone reglas de administración y de gobierno específicas para cada uno de estos entes. (*B. F. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBANESE, A.: «Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 482-505.

Artículo relativo al enriquecimiento injusto: algunas hipótesis concretas, especial atención a los desplazamientos patrimoniales sin causa entre familiares y amigos. (*Alma R. G.*)

ALBERTINI, L.: «Conclusion e formazione progressiva del patto di famiglia», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 311-354.

Análisis del pacto de familia en un intento de determinar su naturaleza jurídica: donación modal, contrato a favor de tercero, contrato divisorio, pacto sucesorio.

rio. Observaciones sobre los requisitos de forma, subjetivos y de consentimiento de las partes afectadas, ¿incluidas los legitimarios? (*M. R. D. R.*)

ANDREAE, M.: «Die aktuelle Rechtsprechung zum Gebrauchtwagenkauf», *NJW*, 2007, núm. 48, p. 3457.

El autor expone sistemáticamente la jurisprudencia recaída en los últimos cinco años en materia de compraventa de coches de segunda mano (*B. T. G.*)

ARLOTTA, A.: «Simulazione del prezzo nella compravendita e prova testimoniale», *NGCC*, 2007, núm. 6, pp. 648-651.

Comentario jurisprudencial sobre las consecuencias jurídicas de la simulación del precio en el contrato de compraventa. (*Alma R. G.*)

— «Brevi considerazioni in tema di prova della simulazione del prezzo», *NGCC*, 2007, núm. 11, pp. 1193-1195.

Comentario jurisprudencial relativo a la simulación del precio en el contrato de compraventa. Especial referencia al tema de la prueba de la existencia de tal simulación. (*Alma R. G.*)

ATTUEL-MENDÈS, L.: «La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement», *SJ*, 2007, núm.39, pp.188.

La función protectora del derecho se exalta en materia de manifestación del consentimiento. A la norma general que entiende que una manifestación se efectúa bajo todas sus formas, incluso más simples, se añaden las normas especiales que imponen un requisito de la manifestación, en cuanto a su forma o en cuanto a su contenido. Cuando se entra en la esfera de las normas especiales, la teoría de los defectos del consentimiento no recibe ya una aplicación pura y simple, debe articularse con las sanciones decretadas por estas legislaciones y la consecuencia más frecuentemente observada es la de la complementariedad. Las dos protecciones se complementan, o de la manera más simple, por una yuxtaposición de los dos regímenes, o de manera más compleja, por la subordinación de la ejecución de la protección especial a la necesidad de demostrar la alteración del consentimiento, es decir, al éxito de una posible acción basada en la protección general. (*R. A. R.*)

— «Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire», *RDIm*, 2007, núm. 5, pp. 379-384.

La protección del consentimiento más allá de la teoría de los vicios por exigencias prácticas durante las fases de formación y ejecución del contrato. Existencia de una protección especial que refuerza el consentimiento reflexivo en determinados casos. (*R. A. R.*)

BALESTRA, L.: «Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione», *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1037-1063.

Amplio análisis sobre el «pacto familiar» y su compatibilidad con el régimen empresarial y societario. Efectos sobre el cónyuge, menores de edad... (*M. R. D. R.*)

BALOCH, T. A.: «The Unjust Enrichment Pyramid», *L. Q. R.* 2007, vol. 123, pp. 636-653.

El enfoque del *Common Law* en materia de enriquecimiento injusto o sin causa difiere del propio del *Civil Law* en un aspecto primordial. A saber, el primero exige, como presupuesto de la acción, que el demandante pruebe un «factor

injusto» (*unjust factor*), en la expresión felizmente acuñada por Peter Birks (*An introduction to the Law of Restitution* [1985]). En cambio, el *Civil Law* se centra en la ausencia de causa del enriquecimiento. No obstante, dicho autor ha defendido más tarde un criterio afín al alemán (*Unjust Enrichment* [2003]), criterio que se describe metafóricamente como «piramidal»: las causas de invalidez, que formarían la base de la pirámide, permitirían explicar la ausencia de causa, aspecto éste que constituiría la cúspide de dicho poliedro. Con todo, algunas diferencias impiden la asimilación completa de ese criterio poligonal al propio del Derecho germano: a) Birks rechaza el empleo de modo exclusivo de un test –sea objetivo o subjetivo– para determinar qué sea «causa»; b) utiliza una noción de causa más simple que la manejada por el Derecho alemán, y c) proporcionaría un enfoque más unitario del Derecho del enriquecimiento injusto, sin algunos distinguos del correlato teutón. (A. R. G.)

BALSAMO, M.: «La scelta di regole non statali nei contratti di vendita internazionale», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 833-851.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Padua de 11 de enero de 2005 sobre norma aplicable en compraventa internacional de mercaderías y ámbito de aplicación de la CISG. En el caso concreto, relativo a un contrato de suministro, las partes (una empresa italiana y otra eslovena) habían pactado someterse a las normas de la Cámara de Comercio Internacional de París.

El tribunal, tras constatar que en la CISG no existe una definición expresa de compraventa, considera que es aplicable al contrato de suministro.

En relación con la ley aplicable, la sentencia comentada considera que las partes no habían excluido ni expresa ni implícitamente la aplicación de la CISG (permitida en su art. 6) por lo que el juez debía aplicarla. No obsta a esta afirmación la cláusula mencionada, pues para el tribunal la elección de normas sin carácter estatal no puede siquiera considerarse una elección de *ley aplicable*.

Esta sentencia se inserta en la opinión mayoritaria que no ve posible la elección de normas de carácter a-estatal para gobernar el contrato; a este propósito, la autora observa la importancia que en este campo tendría la aprobación de la modificación del artículo 3 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a obligaciones contractuales, que admitiría oficialmente dicha elección. (B. F. G.)

BAZIN, E.: «Formalisme informatif applicable à une opération de démarchage à domicile», *SJ*, 2007, núm. 42, pp. 10171.

En caso de financiación a crédito de un contrato de consumo celebrado en una venta a domicilio, importa poco que el contrato principal no contenga las menciones prescritas en el artículo L. 121-23, 6.º, del Código del consumo sobre la entrega al consumidor de una oferta regular de crédito. (I. S. P.)

BÉGUIN, J.: «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2007, núm. 51, pp. 52-216.

Salvo excepciones, esta crónica abarca el período 1 de abril-1 de octubre de 2007. Entre los acontecimientos que jalonaron este período, se seleccionan los siguientes: el Ministro de Justicia anunció que había decidido seguir las conclusiones del informe que le ha sido presentado el 27 de marzo de 2007 por el Presidente Labetoulle sobre la generalización de la facultad para las personas jurídicas de derecho público a recurrir al arbitraje para el Reglamento de sus litigios contractuales (Programa de trabajo de la Dirección de los asuntos civiles y del ministerio, 22 de noviembre 2007. V. JCP G 2007, act. 576). El XVIIe Congreso internacional de los árbitros marítimos (ICMA XVI) se celebró en Singapur del 26 de febrero al 2 de marzo de 2007. Permitted cons-

tatar la aparición de nuevos centros de arbitraje, en particular, en los países asiáticos (V. DMF 2007, p. 431). Un coloquio tuvo lugar en el Tribunal de casación el 13 de junio de 2007 sobre el tema «Aspectos del arbitraje internacional en el derecho y la práctica de los países árabes». (I. S. P.)

— «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2007, núm.26, pp.168.

Esta crónica abarca el período 1 de octubre de 2006 a abril de 2007. Entre los acontecimientos susceptibles de sacarse a la luz, se encuentra la publicación de los «Escritos de Philippe Fouchard, Derecho del arbitraje Derecho del comercio internacional (Comité francés del arbitraje, 2007, prólogo de Sres. Boucobza, Airoso y Jarrosson)», rica obra reuniendo una selección alrededor de 50 artículos y contribuciones del autor desgraciadamente demasiado pronto desaparecido. Se indicará también el informe entregado al Ministro de Justicia el 27 de marzo último relativo a las condiciones en las cuales las personas jurídicas de derecho público podrían recurrir al arbitraje para el Reglamento de sus litigios contractuales (V. JCP A 2007 de 2082; JCP G 2007, act. 149, y el mantenimiento del Presidente Labetoulle: JCP G 2007, I, 143). (R. A. R.)

BENEDETTO, D. DI: «Biotecnologie, principio de precauzione e responsabilità civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 591-613.

El principio de precaución y la responsabilidad civil constituyen los dos controles básicos en el campo de la biotecnología: el primero actúa con carácter preventivo, el segundo lo hace *ex post*, una vez que se ha producido el daño. La doctrina ha mostrado su preocupación ante la posibilidad de que el principio de precaución produzca una regresión de la responsabilidad civil. En el presente artículo, tras ilustrar dicho peligro mediante un ejemplo tomado de la normativa italiana, se ofrece una posible solución de adecuada coordinación y equilibrio de los intereses en conflicto en este campo.

Las autorizaciones que deben solicitarse para comercializar productos transgénicos y la obligación de informar al consumidor sobre la manipulación genética sufrida por un determinado producto, concretada en el régimen del etiquetado, son dos ejemplos de normas que reflejan el principio de precaución.

Frente a este control preventivo se sitúa la responsabilidad civil derivada de los daños de tipo ecológico o sanitario que puedan producir los alimentos manipulados genéticamente. Puesto que la normativa comunitaria e interna (italiana) no se ha ocupado de esta cuestión, la doctrina ha propuesto aplicar el régimen de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos. En el artículo se pone de manifiesto los obstáculos con que se encuentra esta propuesta, muchos de ellos derivados de la actuación del principio de precaución: así, destaca la dificultad de considerar defectuoso un alimento introducido en el mercado tras obtener la preceptiva autorización; o el peligro de aplicar automáticamente el «riesgo de desarrollo» como causa de exclusión de la responsabilidad.

La solución reside, a juicio de la autora, en la aplicación razonable del principio de precaución que evite sus abusos y su utilización distorsionada y que concilie adecuadamente el desarrollo científico y el necesario respeto a los derechos fundamentales del ser humano. (B. F. G.)

BLANLUET, G.: «La fiducie, une oeuvre inachevée; Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007», *SJ*, 2007, núm.27-169.

La Ley de 19 de febrero de 2007 que instituye la fiducia es un globo de prueba. Como sucede con respecto a instituciones que inspiran temor e incluso desconfianza, el legislador no acogió la fiducia sin reservas. Las condiciones, límites

y dificultades que pesan hoy sobre este instrumento no faltan. Deberían limitar la utilidad de la institución, al menos inicialmente. (R. A. R.)

BOCCI, A.: «Clausola penale ed inefficacia del patto di irriducibilità», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 778-783.

Cláusula penal: poder del juez de reducir tal cláusula, ex artículo 1384 del Código Civil, como límite a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. (Alma R. G.)

BRAVO, F.: «Nozione di servizi finanziari di cui al d. lgs. n. 190 del 2005 sulla “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” e collocabilità della disciplina nel codice del consumo», *RTDPC*, 2007, núm. 2, pp. 585-604.

Observaciones sobre la política comunitaria en materia de servicios financieros y el d. lgs. 19 agosto 2005, n.º 190, que transpone la Directiva 2002/65/CE sobre Prestación a distancia de servicios financieros con consumidores. (M. R. D. R.)

BRODIE, D.: «Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability», *Oxford J. Legal Stud.*, noviembre 2007, vol. 27, núm. 3, pp. 493-508.

Por medio del *close connection test*, en la sentencia *Lister v. Hesley Hall* [2002] 1 AC 215, la *House of Lords* ha modificado la teoría de la responsabilidad por hecho ajeno. Dos sentencias del Tribunal Supremo canadiense han sido decisivas en la reforma. Estas sentencias contienen una revisión detallada de los factores políticos que consolidan la responsabilidad por hecho ajeno. El artículo se propone determinar si la responsabilidad del empresario, que constituye la modalidad más representativa del sistema de la responsabilidad por hecho ajeno, tiene la misma significación en el Reino Unido. Asumiendo esta circunstancia, se detiene en las consecuencias que pueden resultar de la reforma mencionada, en especial en relación con la responsabilidad del empresario por daños ocasionados por contratistas independientes. (E. C. V.)

BRUNS, A.: «Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA-Movement from Contract to Status?», *JZ*, 2007, pp. 385 a 393.

El artículo se ocupa de la libertad contractual en los Derechos alemán, europeo y angloamericano.

Además de adoptar una perspectiva histórica, se examina la actual situación jurídica, así como el significado de la libertad contractual en los Estados de Derecho. (M. P. G. R.)

CALVO, R.: «La causa esistenziale del comodato abitativo», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 910-944.

El carácter gratuito del comodato favorece la utilización de este contrato en relaciones familiares o de amistad. El autor, tras poner de manifiesto la afinidad (que no identidad) del contrato analizado con el precario y con la renta vitalicia, se detiene en aquellos casos en que desaparece el vínculo familiar o de amistad que justificó, en su día, la cesión gratuita de un bien, normalmente inmueble; se ocupa, además, de la tensión que existe entre el derecho de propiedad y el carácter vitalicio del comodato. A juicio del autor, ambos problemas deben resolverse a la luz de los valores existenciales situados tras la causa del contrato de comodato en cada caso. (B. F. G.)

CAMPANILE, P.: «L'autonomia ontologica del danno esistenziale – nota a Cass. 12 giugno 2006 n. 13546», *GC*, 2007, núm. 6, pp. 1427-1437. (*M. R. D. R.*)

CAVANA, P.: «Attività negoziale degli enti ecclesiastici e regime dei controlli canonici», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1372-1396.

La relevancia civil de los controles canónicos sobre la actividad negocial de los entes eclesiásticos. Aspectos generales. El régimen de publicidad de los controles canónicos. Las consecuencias sobre la validez de los negocios realizados con omisión de los controles canónicos. (*Alma R. G.*)

CENINI, M.: «Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da “tempo libero sacrificato”», *RDC*, 2007, núm. 5, parte seconda, pp. 629-648.

Comentario de la sentencia de la Corte di Justicia CE, 12 marzo 2002, n. C-168/2000, y la sentencia Cass. 8827 y 8828/2003, sobre responsabilidad por daño no patrimonial en los supuestos de incumplimiento de contratos de viaje combinados que arruinan los periodos vacacionales. (*M. R. D. R.*)

CICORIA, M.: «Quale danno in materia di privacy?», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 39-65.

De nuevo, sobre el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la intimidad. Análisis del artículo 2050 CC. Naturaleza jurídica de la responsabilidad, legitimación activa y pasiva, el daño patrimonial y moral, remedios preventivos y resarcitorios. Modelos de tutela. (*M. R. D. R.*)

CLARIZIA, O.: «Dichiarazioni *contra se* del litisconsorte necessario e azione diretta tra vecchia disciplina e nuovo codice delle assicurazioni», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 801-821.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de mayo de 2006, n. 10311, sobre responsabilidad civil en caso de accidente de circulación. La sentencia se centra en el valor probatorio de la declaración realizada en el momento del siniestro y en la fuente de la acción directa de la víctima frente al asegurador.

El tribunal considera que la declaración mencionada es una prueba que debe ser libremente valorada por el juez cuando pretende hacerse valer frente a la compañía aseguradora. La autora valora positivamente esta solución.

En relación con la fuente de la acción directa, considera la autora que la sentencia excluye, acertadamente, la fuente exclusivamente contractual o legal. No puede ser únicamente el contrato, pues el tribunal afirma expresamente que no es posible hablar en estos supuestos de contrato a favor de tercero y califica la acción directa de derecho propio de la víctima, no del asegurado, frente al asegurador, quien no puede oponer excepciones que deriven de la relación contractual con su asegurado. Pero tampoco considera satisfactoria la explicación que ve en la ley la única fuente de la acción directa, pues esta tesis deja sin explicar la evidente influencia del contrato sobre su régimen jurídico.

La solución que la autora extrae de la sentencia comentada y que considera acorde con las novedades introducidas en el nuevo Código de las Aseguradoras privadas (D. L. 7 de septiembre de 2005, núm. 209), es que se trata de un supuesto complejo cuyos presupuestos se encuentran tanto en la ley como en el contrato: como consecuencia del hecho ilícito y en ejecución del contrato la ley obliga al asegurador frente a la víctima. (*B. F. G.*)

COMENALE, M.: «La rilevanza di dolo e colpa grave del vettore marittimo di merci: implicazioni e prospettive – nota a Cass. 9 marzo 2006 núm. 5098», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1231-1234. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «Aree destinate a parcheggio: luogo di vincoli o bene liberamente disponibile?», *GC*, 2007, núm. 1, pp. 3-7.

Análisis interpretativo, legal y jurisprudencial, de la Ley de 28 de noviembre de 2005 núm. 246, que ha reformado la normativa sobre áreas de aparcamiento, y la posibilidad de dotarlas de independencia, a todos los efectos, del inmueble al que pertenecen. (*M. R. D. R.*)

CRICENTI, G.: «Frazionamento del contratto e frode alla legge. Il caso del *leasing*», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 385-390.

El contrato en fraude de ley. La influencia de los motivos ilícitos o inmorales sobre la validez del contrato. (*Alma R. G.*)

DERLEDER, P.: «Die Nacherfüllung nach arglistiger Täuschung», *JZ*, 2007, pp. 338-343.

La cuestión que se plantea el presente trabajo es si puede invocar la responsabilidad por vicios de la cosa aquel contratante que en el momento de la celebración del contrato engañó al vendedor. (*M. P. G. R.*)

DIEDERICHSEN, L.: «Grundfragen zum neuen Umweltschadensgesetz», *NJW*, 2007, núm. 47, p. 3377.

El 14 de noviembre de 2007 entró en vigor la Ley sobre daños medioambientales. El artículo examina la nueva normativa desde el punto de vista de la responsabilidad. (*B. T. G.*)

DIEU, F.: «L'indemnisation des personnes atteintes de sclérose en plaques suite à leur vaccination contre le virus de l'hépatite B», *GP*, 2007, núm. 287-289, pp. 2-12 y 29.

Estudio a propósito de las decisiones del Consejo de Estado de 9 de marzo de 2007, núm. 267635, y de la Comuna de Grenoble núm. 278665 sobre reconocimiento de circunstancias en caso de vacunación obligatoria. Fundamento jurídico de la indemnización. Extensión de la reparación según las circunstancias. (*I. S. P.*)

DIDONE, A.: «Note sulla condanna alle spese e al risarcimento del danno nell'ipotesi di rigetto dell'istanza di fallimento –nota a Cass. 25 luglio 2006 n. 16975», *GC*, 2007, núm. 3, pp.640-643. (*M. R. D. R.*)

DONDERO, B.: «De la condition potestative licite», *RTDC*, 2007, núm. 4, pp. 677-700.

El autor defiende la existencia de condiciones potestativas que dependen de la voluntad del deudor solamente como válidas. Para ello ve insuficientes los mecanismos legales de los artículos 1171 y 1178 del Código Civil francés así como los criterios jurisprudenciales y doctrinales. Propone criterios basados en el carácter objetivo de la condición y en un control de su aplicación. (*R. A. R.*)

DROSS, W.: «L'introuvable nullité des conditions potestatives», *RTDC*, 2007, núm. 4, pp. 701-721.

El autor pone en duda el principio de nulidad de la condición potestativa recogido en el artículo 1174 del Código Civil francés. Para ello analiza los distin-

tos supuestos y atiende a sus antecedentes. Dado el paso del tiempo defiende la validez de tales condiciones. (*I. S. P.*)

FRATTINI, F.: «Un “Codice Europeo dei Contratti”: un’altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione Europea?», *RDC*, 2007, núm. 4, parte seconda, pp. 403-406.

Discurso sobre la Unificación del Derecho contractual europeo, en aras de una cultura jurídica europea uniforme que proporcione una mayor eficacia de la Justicia europea y funcionalidad del mercado. (*M. R. D. R.*)

GABRIELLI, E.: «Contratti di *put and call option*, mutamento delle circostanze per regolazione del mercato ed eccessiva onerosità», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1151-1177.

El presente artículo constituye un Dictamen que el autor emitió en el año 2005. El supuesto de hecho era el siguiente: en el año 2002, una Sociedad, por un lado, y tres Bancos independientes entre sí, por otro, celebran un contrato de *put and call option* en virtud del cual aquella adquiriría participaciones de los Bancos en la Sociedad Y. En el año 2004 se promulga la denominada «Ley Marzano» (Ley 239/2004, de 23 de agosto) que preveía determinados controles del Gobierno en operaciones de concentración de empresas en el mercado de la energía eléctrica y del gas natural.

En el artículo se analiza si en el supuesto considerado puede apreciarse excesiva onerosidad, imposibilidad sobrevenida y si es de aplicación la denominada «dottrina della presupposizione». Todas estas cuestiones se responden negativamente. (*B. F. G.*)

GALGANO, F.: «Il contratto», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 717-735.

Artículo dedicado a la institución del contrato: el contrato en la historia del Derecho Civil, el contrato en general en la codificación francesa y el negocio jurídico en la codificación alemana, el contrato en el sistema de *Common Law*, el contrato en el Código Civil italiano y, por último, el contrato en la economía global. (*Alma R. G.*)

GALLO, P.: «Asimmetrie informative e doveri di informazione», *RDC*, 2007, núm. 5, parte prima, pp. 641-680.

Estudio del deber de información en la negociación contractual, según el Código Civil, las leyes especiales y el proyecto del Código contractual europeo. Especial referencia a los supuestos de nulidad contractual, vicios ocultos, responsabilidad por daños. (*M. R. D. R.*)

GHESTIN, J.: «Droit des obligations», *SJ*, 2007, núm.23, pp. 161 ss.

El primer comentario se refiere a varias sentencias recientes que aplican el concepto de caducidad a fin de sacar las consecuencias del no acacimiento de un acontecimiento necesario para la producción de los efectos del contrato o la desaparición accidental de un elemento esencial de éste. El segundo muestra una interesante aplicación del cese del ilícito como remedio al incumplimiento del contrato. El tercero precisa las condiciones de fondo y aplicación de la «nueva» resolución unilateral del contrato por incumplimiento. El último analiza una sen-

tencia que juzgó que la cesión de un crédito como garantía constituye una pignoración y prevé distintos medios de sustituir a la solución práctica así censurada. (R. A. R.)

— «Droit des obligations», *SJ*, 2007, núm. 41, pp.195 ss.

La primera sentencia procede a una interpretación restrictiva del ámbito de las menciones informativas en materia de venta a crédito en venta a domicilio. Por la segunda sentencia, el Tribunal de casación hace aplicación de la garantía de autenticidad en cuanto a nulidad por error sobre la sustancia referente a una estatua de Sésostris III. La tercera sentencia precisa que «en un contrato sinalagmático, la falsedad parcial de la causa no puede implicar la reducción de la obligación». Las sentencias cuarta y quinta se refieren a las fuentes del derecho de los contratos. Hacen aplicación de los principios establecidos por el juez comunitario en la sentencia prejudicial de 7 de septiembre de 2006 relativo a la interpretación del Reglamento de 28 de junio de 1995 en cuanto a la facultad de rescisión extraordinaria de los contratos de distribución. (I. S. P.)

— «Droit des obligations», *SJ*, 2008, núm. 2, pp.104 ss.

Varios comentarios de sentencias relacionadas con la fijación del precio que se establece en el código de consumidores. Uno de los comentarios critica la sentencia de la sala comercial de la Corte de casación que ha juzgado que la venta consentida sin precio fijado está afectada de una nulidad que califica de absoluta, fundada en la ausencia de un elemento esencial del contrato. (I. S. P.)

GIORDANO, R.: «Breve nota sulla presunta inapplicabilità del c.d. “foro del consumatore” nelle controversie relative al trattamento dei dati personali – nota a Cass. Ord. 31 maggio 2006 n. 12980», *GC*, 2007, núm. 6, pp. 1441-1445. (M. R. D. R.)

GIULIANI, F. M.: «Elusione fiscale, frode alla legge e causa concreta del contratto», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 455-481.

Artículo sobre la relación existente entre la categoría tributaria del fraude fiscal y la categoría privada del fraude de ley. (Alma R. G.)

GLÖCKNER, J.: «Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und ihre Konkretisierung durch die Rechtsprechung», *JZ*, 2007, pp. 652-665.

La transposición de la Directiva de compraventa de bienes de consumo en Alemania y su concreción en la jurisprudencia.

Una de las polémicas más significativas que acompaña a la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania es la que se refiere a la siguiente disyuntiva: ¿constituye la Directiva mencionada la ocasión para una profunda modernización del régimen jurídico de la compraventa? El presente trabajo se ocupa de esta cuestión adoptando una perspectiva histórica y analizando la jurisprudencia y la situación actual. (M. P. G. R.)

GOUT, O.: «Réflexions sur la transmission éventuelle des actions en garantie de conformité», *SJ*, 2008, núm. 4, pp. 109 ss.

La Ordenanza de 17 de febrero de 2005 relativas a la garantía de conformidad no se ha preocupado de la eventual transmisión de las acciones que en ella se introducen. Es importante saber si se puede exportar a este supuesto la jurisprudencia

construida en materia garantía de vicios ocultos. Hay que preguntarse sobre la naturaleza real o personal de la garantía de conformidad a fin de determinar si se une al bien transferido o es específica de las relaciones contractuales existentes entre el vendedor profesional y el adquirente consumidor. La naturaleza híbrida de la garantía de conformidad complica el análisis. (*I. S. P.*)

GUERCHON, F./PIÈDELIÈVRE, S.: «Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. (Rome II)», *GP*, 2007, núm. 294-296, pp. 4-16.

Primera parte del estudio sobre Derecho internacional privado. Origen y antecedentes legales. Campo de aplicación espacial y material. Reglas de conflicto y excepciones. (*R. A. R.*)

— «Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. (Rome II)», *GP*, 2007, núm. 301-303, pp. 9-24.

Segunda parte del estudio sobre reglas de conflicto en ciertos ilícitos. Enriquecimiento sin causa. Elección de ley por las partes. Normas generales sobre ley aplicable. (*I. S. P.*)

GUÉRIN, O.: «La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance est une loi de police», *RDIm*, 2007, núm. 6, pp. 511-518.

Análisis de la aplicación de la Ley 31 de diciembre de 1975 en casos de subcontratación. Acción directa contra el contratista. Estudio a propósito de la sentencia de casación, sección mixta, de 30 de noviembre de 2007. (*I. S. P.*)

GRECO, F.: «Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1140-1149.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Florencia de 18 de enero de 2007, núm. 229 sobre la obligación de información en la intermediación financiera. En el caso concreto, relativo a un contrato denominado «4YOU», el Banco había vulnerado determinadas normas contenidas en la legislación específica.

Los aspectos de la sentencia en los que se centra el comentario son el papel de la información en la disciplina de la intermediación y las consecuencias derivadas de la violación de la regla de la transparencia.

En relación con el primer aspecto, el Tribunal se sitúa en la línea de la denominada «tesis de la contractualización de la información precontractual», en virtud de la cual las informaciones de la fase precontractual entran a formar parte del contrato: en la sentencia comentada se mantiene que la obligación de información en este tipo de contratos tiene como finalidad satisfacer la exigencia de reequilibrio de la «asimetría informativa». El autor, que se muestra de acuerdo con la decisión, observa que no es la primera vez que el tribunal florentino se pronuncia en ese sentido, pero que la doctrina italiana no es unánime al respecto. La «nulidad virtual» del contrato es la consecuencia que el tribunal vincula al incumplimiento de la obligación de información: a pesar de que no existe una previsión expresa en este sentido, se sostiene en la sentencia que la vulneración de normas imperativas, relativas al orden público económico en este caso, impone la consecuencia aludida. El autor pone de manifiesto las dificultades inherentes a esta construcción, aunque parece favorable a ella.

Por lo que se refiere a la regla de la transparencia, en el comentario, siguiendo a la sentencia también en este punto, se pone de manifiesto la influencia de esta regla a la hora de considerar efectivamente cumplida la obligación de información. (*B. F. G.*)

GUTZEIT, M.: «Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?», *NJW*, 2007, núm. 14, p. 956.

A partir de una sentencia del BGH de 22 de junio de 2005, el autor se pregunta sobre la pretensión de reparación en la regulación de la compraventa (*B. T. G.*)

HANAU, H.: «Der Schuldner in der Hand des Gläubigers?», *NJW*, 2007, núm. 39, p. 2806.

El autor analiza el § 323 I BGB respecto de la terminación de la situación pendiente tras el transcurso de un plazo legal. (*B. T. G.*)

HARTUNG, S.: «Die Abnahme im Baurecht», *NJW*, 2007, núm. 16, p. 1099.

El artículo analiza los distintos aspectos jurídicos de la recepción en el derecho de la edificación. (*B. T. G.*)

HERMLEIN, J.: «Die Rechtsprechung zur Wohnraummiete im zweiten Halbjahr 2006», *NJW*, 2007, núm. 18, p. 1249.

El artículo revisa la jurisprudencia sobre arrendamiento de vivienda en la segunda mitad del año 2006, continuación de la contribución publicada en *NJW* 2006 (pp. 3393 y ss.). (*B. T. G.*)

IZZI, B.: «La causa del contratto come funzione economico-individuale – nota a Cass. 8 magio 2006 n. 10490», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 1988-1996. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «Gli spazi obbligatori per parcheggi: liberalizzazione normativa e reazione giurisprudenziale apparentemente conservativa - nota a Cass. 24 febbraio 2006 n. 4264 e ad App. Salerno 1° marzo 2006», *GC*, 2007, núm. 4, pp. 965-975. (*M. R. D. R.*)

— «L'aggiornamento del canone delle locazioni non abitative - nota a Cass. 7 febbraio 2006 n. 2527 e Cass. 7 febbraio 2005 n. 2417», *GC*, 2007, núm. 6, pp. 1506-1509. (*M. R. D. R.*)

JACOMETTI, V.: «Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti - Ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell'ordinamento francese», *RDC*, 2007, núm. 5, parte seconda, pp. 561-599.

Análisis de la unificación del Derecho contractual europeo, desde la perspectiva de la protección al consumidor y el *ius poenitendi* en las Directivas comunitarias y el Derecho francés: ambigüedad terminológica y naturaleza jurídica del *ius poenitendi*, protección del consumidor según los contratos y técnicas de distribución de riesgos. (*M. R. D. R.*)

JANSEN, N./ZIMMERMANN, R.: «Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?», *JZ*, 2007, pp. 1113-1126.

El artículo presenta un análisis crítico de los Principios del existente Derecho Privado comunitario que el actual Grupo Europeo dedicado a la materia presenta como líneas a seguir en la revisión del Derecho de consumo por la Comisión Europea. (*M. P. G. R.*)

KÄHLER, L.: «Mittelbare und unmittelbare Einschränkungen der Vorsatzhaftung», *JZ*, 2007, pp. 18-28.

La finalidad del presente artículo es doble: por un lado, individualiza las razones determinantes de la responsabilidad por dolo; por otro lado, demuestra que el precepto que se ocupa de ella (§ 276.3 BGB) no impide a las partes pactar sobre aspectos como el cálculo de la indemnización. (M. P. G. R.)

KHOURY, L.: «Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France», *L. Q. R.* 2008, vol 124, pp. 103-131.

El artículo contrapone las experiencias jurisprudenciales de Canadá, Reino Unido y Francia, en relación con la apreciación del nexo causal en supuestos de causalidad incierta. En este sentido, constata que mientras que los tribunales canadienses e ingleses han aplicado de forma rigurosa las reglas tradicionales de causalidad, y han rechazado mayoritariamente la indemnización cuando el nexo de causalidad no podía establecerse con certeza, los tribunales franceses han seguido la tendencia contraria a través de la conocida doctrina de la *perte d'une chance*. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa ha modificado en los últimos años su criterio tradicional, admitiendo bajo ciertas circunstancias supuestos de responsabilidad proporcional, en las sentencias *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* ([2003] 1 A.C. 32) y *Barker v. Corus (UK) Plc.* ([2006] 2 A.C. 572). (J. S. F.)

KLÖHN, L.: «Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB)», *NJW*, 2007, núm. 39, p. 2811.

El artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo (BGH) sobre la inversión de la carga de la prueba en la compraventa de bienes de consumo conforme al § 476 BGB. (B. T. G.)

LEE, P.-W.: «Contract damages, corrective justice and punishment», *M. L. R.*, noviembre 2007, vol. 70, núm. 6, pp. 887-907.

El artículo analiza el principio según el cual los daños contractuales tienen una función compensatoria pero no punitiva desde la perspectiva de la justicia correctiva. Según *Weinrib*, la justicia correctiva sostiene la tradicional visión de que los daños contractuales deberían de circunscribirse a las funciones compensatorias, y que la naturaleza de los daños punitivos es inconsistente con la estructura de la misma, y consecuentemente, con los derechos contractuales de las partes. Sin embargo, en opinión del autor, la corrección de esta afirmación depende de lo que se entienda por daños punitivos. El artículo de Lee sostiene que los daños punitivos pueden ser tratados no sólo como una forma de sanción estatal, sino que pueden ser también considerados como un mecanismo para resarcir los daños morales. Si éste fuera el caso, los daños punitivos que se producen como consecuencia de un incumplimiento contractual podrían justificarse igualmente en el marco de la justicia correctiva. (E. C. V.)

LÉGIER, G.: «Le règlement “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», *SJ*, 2007, núm. 47, pp. 207.

Un nuevo Reglamento comunitario, obra conjunta del Parlamento europeo y el Consejo, introduce en los distintos Estados de la Comunidad un importante conjunto de normas destinadas a cortar los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales. Después de la Convención de Roma de 1980 relativa a los contratos, son los delitos y los cuasidelitos y los cuasicontratos los que entran a su vez en el corpus del Derecho internacional privado común europeo. (I. S. P.)

LENTI, L.: «La responsabilità civile degli accompagnatori non professionali nell'alpinismo e nello scialpinismo», *NGCC*, 2007, núm. 11, pp. 426-444.

Responsabilidad civil en el ámbito de ciertas actividades deportivas de riesgo como, por ejemplo, el alpinismo. (*Alma R. G.*)

LIU, Q.: «Inferring future breach: towards a unifying test of anticipatory breach of contract», *Cambridge L. J.*, noviembre 2007, vol. 66, núm. 3, pp. 574-604.

El autor se propone articular una regla jurídica general aplicable a todo supuesto de incumplimiento contractual anticipado, con la finalidad de poner orden y unidad a este caótico campo del derecho en el ordenamiento jurídico inglés. En el artículo se defiende la aplicación a estos casos del principio del *inferred fundamental breach*, en sustitución del principio de *renuntiation*, puesto que el primero constituye una posición más racional, consistente y flexible que el último. (*E. C. V.*)

LOFFREDO, F.: «Simulazione del prezzo della compravendita. Limiti all'ammissibilità della prova per testimoni in caso di domanda proposta dalle parti – nota a Cass., sez. un., 26 marzo 2007 n. 7246», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 1863-1871. (*M. R. D. R.*)

LORENZ, S.: «Fünf Jahre “neues” Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung», *NJW*, 2007, núm. 1-2, p. 1.

El artículo resume el desarrollo del ya no tan «nuevo» Derecho de obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*) en particular en la reciente jurisprudencia. (*B. T. G.*)

LUMINOSO, A.: «Sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'impresa», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 917-932.

Artículo dedicado a la responsabilidad de la empresa: posibles alternativas en la normativa actual. Responsabilidad extracontractual: los criterios de imputación, culpa y responsabilidad objetiva. Especial atención a la teoría de la responsabilidad por riesgo de empresa. Responsabilidad contractual: la actividad de empresa y los criterios de imputación de responsabilidad. La tesis de la responsabilidad objetiva de la empresa. (*Alma R. G.*)

MAIOLO, F.: «Prevedibilità e danno risarcibile», *NGCC*, 2007, núm. 10, pp. 1129-1139.

Comentario jurisprudencial sobre la noción de previsibilidad del daño contractual como uno de los presupuestos para su reparación. (*Alma R. G.*)

MANFREDONIA, B.: «Preesistenza dell'ente designato alla dichiarazione di nomina e produzione *ex tunc* degli effetti: la retroattività presa sul serio», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 578-585.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano, Sección II, de 22 de marzo de 2006, núm. 6405 sobre contratos por persona a designar.

Son dos los aspectos criticados por la autora.

En primer lugar, la interpretación del tribunal del artículo 1401 Código civil italiano, en virtud de la cual no es necesario que la persona exista en el momento de la celebración del contrato, bastando que exista en el momento en que se lleve a cabo la designación (1401 CC italiano); en el comentario se pone de relieve el

difícil encaje de esta interpretación con los efectos retroactivos de la designación, previstos en el artículo 1404 Código civil italiano.

El segundo aspecto criticado es la diferencia entre el contrato por persona a designar y la cesión del contrato, apuntada por el tribunal y centrada en la necesidad del ulterior consentimiento de la otra parte del contrato, exigido sólo en la cesión del contrato. Observa la autora que existen otras diferencias de mayor calado entre ambas figuras que el tribunal obvia como, una vez más, los efectos retroactivos del contrato por persona a designar. (*B. F. G.*)

MARCATAJO, G.: «L'uso promiscuo e la tutela dei consumatori: “un buco nel cielo di carta”», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 89-135.

La existencia de contratos de uso promiscuo, esto es, aquellos cuyo objeto está constituido por un bien destinado en parte al consumo privado, en parte al profesional, obliga, a juicio de la autora, a poner en duda la construcción de las reglas de protección de la parte débil desde un punto de vista exclusivamente subjetivo. (*B. F. G.*)

MARGANNE, H.: «Les principes essentiels du marché à forfait», *SJ*, 2007, núm. 31-35, pp.178.

Los mercados a precio global y global presentan indiscutiblemente la ventaja de la seguridad contractual para las partes en el marco de una descripción precisa y detallada de los estudios y trabajos que deben realizarse. Esta seguridad contractual debe ser recíproca y obedecer a normas distintas según que se trate de satisfacer el interés general en el marco de contratos públicos, o la realización de una obra lo mejor posible optimizada económicamente en los mercados privados. La evolución y la complejidad de la actividad industrial, definida en el contrato de servicios de contrato público, condujeron al legislador a obligar (Código de comercio) a una descripción meticulosa de las prestaciones. En cambio en mercados privados, el consensualismo fue debilitado por una concepción consumista del contrato de arrendamiento de obra e industria, considerando que todo lo que no estaba incluida en el plan decidido y convenido (C. civ., art. 1793), estaba incluido en los trabajos suplementarios requiriendo previamente el acuerdo escrito de la autoridad contratante. Esta visión del contrato de servicios no corresponde ya a la complejidad industrial de una operación de construcción, completamente diferente de la del contrato de casa individual, y sería conveniente reconsiderar la formulación del artículo 1793 del Código Civil. (*R. A. R.*)

MARZIO, F. DI : «Teoria dell'abuso e contratti del consumatore», *RDC*, 2007, núm. 5, parte prima, pp. 681-720.

Adecuación de la teoría del abuso a las nuevas realidades sociales y de mercado en el ámbito contractual. En especial, la protección del consumidor ante el abuso contractual, basado en la autonomía de la voluntad y libertad contractual. (*M. R. D. R.*)

— «La nullità del contratto di locazione per omessa registrazione - nota a Trib. Modena, ord. 12 giugno 2006», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 484-492. (*M. R. D. R.*)

MASCIA, A.: «Tra omosessualità e matrimonio: i danni non patrimoniali al coniuge tradito – nota a Trib. Brescia 14 ottobre 2006», *GC*, 2007, núm. 4, pp. 990-995. (*M. R. D. R.*)

MENCHINI, S.: «Riforma del diritto arbitrale», *NLCC*, 2007, núm. 6, pp.1149-1429.

Extenso comentario al D. L. de 2 de febrero de 2006, n. 40, sobre el convenio arbitral, que introduce importantes modificaciones en relación a la figura del arbitraje: forma, objeto (materia contractual y extracontractual), elección de árbitros, adopción de laudos, efectos, impugnaciones, etc. (*M. R. D. R.*)

MERKIN, R./LOWRY, J.: «Reconstructing Insurance Law: The Law Commission's Consultation Paper», *M. L. R.* 2008, vol 71, núm. 1, pp. 95-113.

Análisis crítico de las principales líneas de reforma propuestas por las *Law Commissions* inglesa y escocesa en materia de derecho del seguro. El trabajo toma como punto de partida el documento consultivo publicado en julio de 2007 por ambas Comisiones, bajo el título *Insurance Law-Non-Disclosure and Breach of Warranty*. En él, se apuntan una serie de recomendaciones y de conclusiones provisionales que son objeto de análisis en el artículo de MERKIN y LOWRY. En especial, el documento de las dos *Law Commissions* propone limitar el deber de informar que pesa sobre los asegurados a aquellas cuestiones sobre las que los aseguradores les preguntan específicamente, sin tener un deber general de revelar informaciones en torno a hechos sobre los que no han sido preguntados. También propone que las declaraciones falsas por parte de los asegurados no den lugar a la automática falta de cobertura de la póliza, en los casos en que la falsedad no se debe a mala fe por parte del asegurado. (*J. S. F.*)

MICHELER, E.: «English and German Securities Law: A Thesis in Doctrinal Path Dependence», *L. Q. R.* 2007, vol. 123, pp. 251-285.

La globalización ha tenido un efecto significativo sobre el modo en que los negocios se desarrollan en la mayoría de países. A consecuencia de aquélla, los mercados financieros han devenido mercados globales. Paralelamente y desde el punto de vista del Derecho, cabe preguntarse si la globalización comporta que los ordenamientos jurídicos converjan. A este respecto, se ha debatido qué factores –si los económicos, o los culturales o los políticos– influyen más poderosamente sobre los cambios en el Derecho societario. Frente a ello, el artículo defiende que la evolución o desarrollo del Derecho no depende de fuerzas o factores externos como los referidos, sino que en algunos países es fruto del factor interno constituido por la doctrina jurídica. Para demostrarlo, el trabajo toma como ejemplo el Derecho relativo a ciertas garantías mobiliarias, especialmente en los ordenamientos inglés y alemán. (*A. R. G.*)

MONACHON DUCHÊNE, N.: «Le vice extrinsèque de la chose n'est pas un vice caché», *SJ*, 2007, núm.43, pp.199.

Sobre la aplicación por los Tribunales de los vicios ocultos y de los vicios de consentimiento. (*R. A. R.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «Responsabilità del notaio per l'omissione delle visure e clausola di esonero – osservazione a Cass. 16 marzo 2006 núm. 5868», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 2012-2013. (*M. R. D. R.*)

— «Successione nel processo e successione nel danno da violazione del termine ragionevole - osservazione a Cass. 9 novembre 2006 n. 23939», *GC*, 2007, núm. 10, pp. 2149-2150. (*M. R. D. R.*)

MOSCARINI, L. V.: «Astrattezza della proposta unilaterale irrevocabile e onerosità del patto di opzione», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 471-496.

Análisis comparativo de la propuesta unilateral irrevocable y del pacto de opción, ambos reconocidas en el Código civil italiano en los artículos 1329 y 1331 respectivamente. El objetivo de dicho análisis consiste en decidir si existe una razón que justifique la existencia de dos figuras para una misma finalidad: la constitución de un vínculo unilateral en la categoría de lo que la doctrina italiana denomina *formazione progressiva del contratto*. El autor llega a una respuesta afirmativa. (B. F. G.)

MOSCATI, E.: «Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 435-483.

Reflexión sobre la obligación de restituir en el supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato y su relación con la figura del cobro de lo indebido: tesis jurisprudencial, eficacia frente a terceros, efectos de la buena o mala fe del accipiens.

Estudio de Derecho comparado con el ordenamiento jurídico alemán, *Common Law* e, incluso, con los Principios de Derecho Contractual Europeo. (M. R. D. R.)

MÜLLER-HENGSTENBERG, C. D./KIRN, S.: «Vertragscharakter des Application Service Providing-Vertrags», *NJW*, 2007, núm. 33, p. 2370.

El autor comenta una sentencia del BGH de 16 de noviembre de 2006 a propósito de la calificación jurídica del contrato de provisión de servicios de aplicaciones (software). (B. T. G.)

MURPHY, J.: «Rethinking Injunctions in Tort Law», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 3, pp. 509-535.

Los Tribunales del *Common Law* han atribuido a la acción o remedio conocido como *injunction* –consistente, como es sabido, en una especie de acción de cesación– una amplitud excesiva en conexión con la protección extracontractual del derecho de propiedad e intereses jurídicos relacionados. Con ello se ha alterado la jerarquía de intereses protegidos aceptada jurídicamente con carácter general. Para corregirlo, convendría utilizar el Derecho relativo al *tort* de *negligence* como base para que se admitiesen las *injunctions* en conexión con la protección de la integridad física en determinadas circunstancias. (A. R. G.)

MUSI, E.: «Il demansionamento professionale: voci di danni risarcibili e regime probatorio nell'interpretazione della giurisprudenza», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 329-345.

Problemas jurídicos que suscita el daño a la persona en el ámbito de la relación laboral: las obligaciones del empresario entre responsabilidad aquiliana, responsabilidad contractual y concurso de pretensiones. (Alma R. G.)

NAPPI, F.: «Appunti sulla corrispettività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 992-1006.

En el presente artículo se replantea la categoría de los contratos *corrispettivi* (sinalagmáticos) defendiendo la atribución de esta calificación a los contratos de cumplimiento indirecto de deuda ajena.

Los argumentos manejados para sostener dicha tesis se basan en la estipulación a favor de tercero y en la construcción doctrinal que no ciñe la reciprocidad a las prestaciones, sino que la sitúa en la utilidad que las partes obtienen recípro-

camente. El autor cuestiona, además, el principal obstáculo a su tesis: la falta de aplicabilidad de la subrogación (legal o voluntaria) al sujeto que conviene con el acreedor un contrato de cumplimiento indirecto de una deuda ajena. (*B. F. G.*)

NAVARETTA, E.: «La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti», *NGCC*, 2007, núm. 11, pp. 415-425.

Artículo relativo a los intereses del consumidor y los remedios previstos para su tutela en el Derecho europeo de Contratos. (*Alma R. G.*)

NEYRET, L.: «La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire», *RD*, 2008, núm. 3, pp. 170-176.

La directiva comunitaria 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental sin daños personales. Necesidad de renovación a nivel estatal de la noción jurídica clásica de daño para reconocer la noción de daño colectivo u objetivo. (*I. S. P.*)

ONORATO, M.: «Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore», *RDC*, 2007, núm. 5, parte seconda, pp. 601-628.

Análisis de las cláusulas contractuales oscuras o incomprensibles en los contratos de adhesión con consumidores. Forma e interpretación, según el artículo 35 del Código de Consumo italiano, que establece como requisito la redacción clara y comprensible y, en caso de duda, aboga por la interpretación más favorable al consumidor.

Reflexión sobre la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas dudosas o incomprensibles, por faltar un requisito de forma. (*M. R. D. R.*)

OUODOT, P.: «L'internet et la responsabilité civile», *GP*, 2007, núm. 304-307, pp. 2-6.

La responsabilidad civil del internauta profesional frente a los consumidores según la Ley de 21 de junio de 2004 y frente a otros profesionales. Responsabilidad de los servidores técnicos. Responsabilidad en el Derecho francés. (*I. S. P.*)

PACE, L.: «Il danno esistenziale. Battuta d'arresto? - nota a Cass. 9 novembre 2006 n. 23918», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 380-388. (*M. R. D. R.*)

PANETTI, F.: «Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 517-537.

Estudio de la autonomía privada a la luz de un nuevo derecho contractual europeo: los Principios de la Comisión Lando.

Visión del control judicial de la autonomía privada contractual bajo la perspectiva constitucional. (*M. R. D. R.*)

PANZINI, S.: «Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra *culpa in contrahendo* e responsabilità professionale», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 982-1010.

La responsabilidad precontractual del intermediario de servicios financieros. La responsabilidad por violación de las obligaciones de información en la fase sucesiva a la estipulación del contrato de prestación del servicio. (*Alma R. G.*)

PAULIN, A.: «Association sportive et responsabilité du fait d'autrui ou le délicat mariage de la belle et la bête», *GP*, 2007-2008, núm. 364-3, pp. 2-10.

La responsabilidad por hecho de otro en el artículo 1384,1.º del Código civil. Estudio jurisprudencial a propósito de la responsabilidad de asociaciones deportivas por hechos de sus asociados. (*I. S. P.*)

PÉRICAUD, J. F.: «L'aggravation des désordres affectant le bâtiment construit ou rénové», *GP*, 2007, núm. 297-298, pp. 3-12.

Daños en edificio construido. Agravación de responsabilidad por daños futuros no decenales. Daños evolutivos que son decenales pero que aparecen después del plazo. Posición jurisprudencial. (*R. A. R.*)

POLIDORI, S.: «Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 695-720.

La opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia es que en el contrato de obra entre sujetos privados la forma no constituye requisito para la validez y la prueba del contrato.

El autor del presente artículo es contrario a dicha opinión, así como al vigente principio de libertad de forma; defiende su tesis basándose en el análisis de la cuestión desde las dos perspectivas que suelen adoptarse para combatir dicho principio en términos generales: la funcional y la estructural.

La forma, sostiene el autor, cumple actualmente una función que va más allá de la protección de los terceros y que se aproxima al orden público; en cuanto a la estructura, el autor propone una extensión de los contratos con estructura fuerte (esto es, los que exigen forma para su validez), extensión basada en la tutela de la parte débil del contrato.

En definitiva, en el presente trabajo se defiende repensar el principio de libertad de forma en el contrato analizado a la luz de las actuales necesidades de tutela de la parte débil y de transparencia legal. (*B. F. G.*)

POLO, M. C.: «Vizi sopravvenuti della locazione e risarcimento del danno alla salute in favore del conduttore», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 838-844.

Responsabilidad del arrendador por daños a la salud del arrendatario con ocasión de vicios en el bien arrendado. (*Alma R. G.*)

PONZANELLI, G.: «La lettura costituzionale dell'art. 2059: il significato e i problemi», *NGCC*, 2007, núm. 6, pp. 247-254.

Lectura por el Tribunal Constitucional del artículo 2059 del Código civil italiano, sobre la reconducción del daño biológico dentro de los límites de dicho precepto. (*Alma R. G.*)

PUNZI, C.: «Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato», *RTDPC*, 2007, núm. 2, pp. 395-438.

Reflexión sobre la evolución histórica de la figura del arbitraje y las modificaciones introducidas por el Decreto legislativo de 2 de febrero de 2006, núm. 40: aspectos generales del convenio arbitral y particularidades de procedimiento, adopción de laudos, efectos e impugnaciones. (*M. R. D. R.*)

RAIMO, R. DI: «Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 945 a 991.

Análisis crítico del nuevo artículo 2645 *ter* Código civil italiano, relativo a los patrimonios de destino. El artículo se centra en la estructura (¿unilateral o bilateral?) y en la perfección del acto, así como en las características que permiten calificar un acto como de destino.

A lo largo del artículo, el autor pone de manifiesto que el precepto no introduce grandes novedades, pues individualiza figuras jurídicas ya existentes que podían llegar a cumplir su misma función, y que su ámbito objetivo de aplicación es muy limitado. (*B. F. G.*)

REALI, F.: «Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal “rischio” e le scommesse atipiche», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 956-981.

El riesgo asumido como objeto del contrato: el contrato aleatorio puro. El riesgo como elemento que caracteriza la causa del contrato y como motivo común a los estipulantes: el juego. (*Alma R. G.*)

REBEYROL, Ch.: «La loi du 29 octobre 2007 dite «de lutte contre la contrefaçon», *SJ*, 2007, núm.46, pp.205.

La Ley de 29 de octubre de 2007 «de lucha contra la falsificación» es un texto importante para el derecho de la propiedad intelectual. Esta ley es el resultado de una reflexión comunitaria iniciada hace cerca de diez años y transpone, con retraso, la Directiva núm. 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Este texto mejora los medios jurídicos de lucha contra la falsificación e intenta armonizar las normas específicas de cada derecho de la propiedad intelectual. (*R. A. R.*)

RICCI, G. F.: «La convenzione di arbitratore e le materia arbitrabili nella riforma», *RTDPC*, 2007, núm. 3, pp. 759-777.

Análisis del D leg. de 2 de febrero de 2006, n. 40, que amplía el objeto del procedimiento arbitral en materia societaria y relaciones no contractuales. (*M. R. D. R.*)

RICCIO, A.: «Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 712-716.

Artículo relativo a la intervención correctora del juez sobre los actos de autonomía privada. (*Alma R. G.*)

— «Alcune sentenze di merito in materia di anatocismo nelle more della decisione della Consulta», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 912-915.

Artículo dedicado a la legitimidad de la capitalización de los intereses. (*Alma R. G.*)

— «Ancora sull'anatocismo», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 387-392.

El tribunal de Roma en una reciente sentencia acoge la tesis de que la capitalización de los intereses es definitivamente nula. (*Alma R. G.*)

ROLLI, R.: «Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 416-454.

Artículo sobre la evolución en la jurisprudencia y los problemas suscitados por la causa del contrato. ¿Hay todavía espacio para la causa en el actual ordenamiento? (*Alma R. G.*)

ROSSI, R.: «Una voce dissonante sul danno esistenziale - nota a Cass. 9 novembre 2006 n. 23918», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 373-380. (*M. R. D. R.*)

ROULET, V.: «Cotraitant conjoint, sous-traitant transparent: frères jumeaux?», *GP*, 2007, núm. 297-298, pp. 24-36.

Imposibilidad de distinguir contratista y subcontratista en determinados supuestos. Distinción entre subcontrata y agrupación conjunta en el mercado. Responsabilidad en caso de unión de empresas: diferentes supuestos. (*I. S. P.*)

SALANITRO, U.: «Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 1005-1011.

Comentario jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los intermediarios de servicios financieros. (*Alma R. G.*)

SALOMONE, E.: «Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria», *RTDPC*, 2007, núm. 3, pp. 875-902.

Examen de la responsabilidad por daños en los supuestos de ilícitos antitrust nacionales y comunitarios que afecten, sobre todo, a colectivos de consumidores y la posibilidad de ejercitar acciones resarcitorias colectivas. (*M. R. D. R.*)

SALVESTRONI, U.: «Brevi note in tema di patto di famiglia », *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1291-1297.

Breves notas sobre la prohibición del pacto sucesorio y los efectos del «pacto de familia», a la luz de la l. 14 febbraio 2006, n. 55. (*M. R. D. R.*)

SAPIO, A. DI: «Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1257-1332.

Artículo dedicado a los patrimonios segregados: relaciones entre los artículos 2740 y 2741 del Código civil italiano, responsabilidad patrimonial del deudor y patrimonios de destino, universalidad y especialización de la responsabilidad patrimonial, la realización del interés del acreedor, la universalidad de la responsabilidad patrimonial de regla general a regla residual, los acuerdos entre acreedor y deudor de limitación de responsabilidad sobre algunos bienes... (*Alma R. G.*)

SCHETTINO, G.: «Ancora sulla determinabilità dell'oggetto nelle compravendite immobiliari - nota ad App. Napoli 16 maggio 2006», *GC*, 2007, núm. 3, pp. 723-725. (*M. R. D. R.*)

SCHMID, R.: «Flugastrechte in der Praxis», *NJW*, 2007, núm. 5, p. 261.

El artículo pasa revista a las decisiones alemanas y de otros tribunales europeos relativas al Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. (*B. T. G.*)

SCHNAUDER, F.: «Sorgfalts-und Aufklärungspflichten im Kreditgeschäft», *JZ*, 2007, pp. 1009-1020.

El presente artículo analiza las obligaciones de información del concedente de un crédito. Lo que se intenta es aportar una solución a la siguiente pregunta: si,

y en qué medida, el Banco que otorga al crédito está obligado a informar sobre el riesgo del negocio que financia. (*M. P. G. R.*)

SCHÜRNBRAND, J.: «Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht», *JZ*, 2007, pp. 910-918.

A pesar de que la interpretación de la Directiva de conformidad se ha discutido de manera larga e intensa, la cuestión relativa a sus fronteras todavía no se ha cerrado. El presente artículo se ocupa de ella a la luz de la reciente jurisprudencia del EuGH. (*M. P. G. R.*)

SESTI, A.: «Interpretazione del contratto: senso letterale e criteri ermeneutici», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 770-773.

Principios y problemas de interpretación contractual: la relación entre los criterios hermenéuticos con el fin de hallar la común voluntad de los contratantes. (*Alma R. G.*)

SGANGA, C.: «Il “nuovo” danno biologico e la “vecchia” personalizzazione del suo risarcimento», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 962-970.

Comentario jurisprudencial sobre el daño biológico y la problemática de las funciones del resarcimiento del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

STOFFEL-MUNCK, Ph.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2007, núm. 37, pp. 185 ss.

Esta crónica cubre la actualidad entre diciembre de 2006 y junio de 2007. El período se ilustra por algunas precisiones importantes, especialmente en materia de responsabilidad a causa de los productos defectuosos que parece haber tenido razón en la obligación de seguridad de resultado del vendedor profesional. Nuevas cuestiones se plantean, en particular, con respecto al futuro de las cláusulas restrictivas de reparación. Se aportan algunas confirmaciones, por ejemplo en cuanto a la condición de licitud del perjuicio o en cuanto a los casos donde es posible obtener daños y perjuicios por falta contractual sin demostración de un perjuicio. Finalmente un giro bastante profundo se observa en cuanto a accidentes de circulación. (*R. A. R.*)

STOPPEL, J.: «Das System des Wiederverkaufsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Mängelhaftung durch den Wiederverkäufer», *JZ*, 2007, pp. 218-230.

A pesar de que el sistema de responsabilidad por vicios en la reventa no está regulado expresamente en el BGB, la variada jurisprudencia existente le dota de una importante relevancia práctica, que este artículo también destaca. (*M. P. G. R.*)

SWADLING, W.: «Explaining Resulting Trust», *L. Q. R.* 2008, vol. 124, pp. 72-102.

El artículo intenta explicar las razones por las que alguien constituye un «trust» en beneficio de sí mismo; los llamados «resulting trust» en el Derecho anglosajón. En opinión de Swadling, ello puede deberse a dos grupos de razones. En primer lugar, a la prueba o presunción de que el constituyente ha declarado que el «trust» se constituye en su propio beneficio. En segundo lugar, a falta de prueba o presunción al respecto, el «resulting trust» puede nacer por disposición de la ley. (*J. S. F.*)

TOURNOIS, M.: «Les désordres aux parties communes rétrocédées à la collectivité publique», *GP*, 2007, núm. 297-298, pp. 13-20.

Responsabilidad por daños en obras. Jurisdicción competente. Responsabilidad administrativa. El seguro de la construcción. (*I. S. P.*)

VALLE, C.: «Tutela aquiliana per compromissione della relazione *more uxorio*», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 867-874.

Comentario a sentencia sobre la evolución jurídica del resarcimiento del daño por la muerte del compañero de hecho. (*Alma R. G.*)

VERDICCHIO, V.: «Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 753-790.

El presente artículo constituye el *Report* de Derecho italiano presentado en el Congreso Internacional sobre «Las cláusulas de forma en las condiciones generales del contrato» que tuvo lugar el 26 de mayo de 2006 en la Facultad de Derecho de la *Università degli Studi di Brescia*.

El autor se centra en aquellas cláusulas que exigen forma escrita para la eficacia de los actos integrativos, modificativos, o extintivos del contrato ya concluido entre las partes. (*B. F. G.*)

VINCI, P.: «La “modernizzazione” della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: la scelta del diritto applicabile», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 1223-1268.

Artículo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (*Alma R. G.*)

VIRGADAMO, P.: «La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006», *GC*, 2007, núms. 7-8, pp. 263-297.

Notas sobre la responsabilidad por daño no patrimonial a personas discapacitadas, como consecuencia de la existencia de barreras arquitectónicas, a la luz del artículo 2059 CC y la L núm. 67 de 2006, que establece medidas de tutela judicial de personas con discapacidad víctimas de discriminación. (*M. R. D. R.*)

VITTORIA, D.: «Il danno non patrimoniale agli enti collettivi», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 539-559.

De nuevo, sobre el debate doctrinal y jurisprudencial en el tema de la responsabilidad civil por daño moral a las personas jurídicas. Especial referencia a la línea del Tribunal de Strasburgo. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «L'arbitrage», *GP*, 2007, núm. 325-326.

Estudios varios sobre arbitraje y acción directa; calificación del laudo arbitral; privilegio legal y confidencialidad en el arbitraje internacional; anulación de laudos arbitrales en España. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «L'arbitrage», *GP*, 2007, núm. 348-349.ag

Estudios varios sobre arbitraje, con particular atención al equilibrio de las partes en el arbitraje internacional. Jurisprudencia en la materia. (*R. A. R.*)

ZENKER, W.: «Textform im WWW, insbesondere bei eBay», *JZ*, 2007, pp. 816-821.

El presente artículo analiza críticamente las recientes decisiones jurisprudenciales que consideran suficientemente cumplida la forma a efectos del § 126n BGB cuando la página de Internet se imprime o se guarda. (*M. P. G. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ANGELONI, F.: «Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativo nel terzo millennio», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 933-955.

Artículo que estudia las exigencias de tutela de los adquirentes de bienes recibidos por donación y de los sujetos que son titulares, sobre dichos bienes, de derechos de goce y de garantía. Análisis crítico de las dos recientes normativas italianas que han reformado el libro segundo del código civil con el fin de satisfacer las exigencias de tutela de los sujetos que adquieren derechos sobre los bienes donados. (*Alma R. G.*)

ANNIBALE, M. DI : «La classificazione delle opere multimediali nella legge sul diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 3, pp. 368-408.

La obra multimedia: aspectos generales. (*Alma R. G.*)

CARON, Ch.: «Droit de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2007, núm. 30, pp. 176 ss.

La actualidad jurisprudencial de la propiedad intelectual ha sido, el primer semestre de 2007, tan rica que es necesario proceder a elecciones a fin de presentarla. Entre el mar de las decisiones, hay que señalar que las prórrogas de guerra no se añaden ya a la duración legal de los derechos de autor, que es posible libremente realizar la consecuencia de una obra caída en el ámbito público y que la falsificación de marca no deja de suscitar numerosas decisiones que precisan el régimen, sin olvidar que los objetos de los derechos de propiedad intelectual son bienes que merecen la protección del Convenio europeo de protección de los derechos humanos. (*R. A. R.*)

CHIANALE, A.: «Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari», *RDC*, 2007, núm. 4, parte seconda, pp. 487-508.

Examen de la nueva L de 2 de abril de 2007, núm. 40, sobre procedimiento de cancelación registral de la hipoteca, estableciendo la extinción *ex lege* de los efectos de la inscripción para los consumidores, en relación a los préstamos bancarios. (*M. R. D. R.*)

CIMMARISTI, M.: «Il possesso e l'interversione nella prospettiva del concedente e del titolare del diritto di superficie», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1116-1139.

Comentario crítico de la sentencia del Tribunal *Lamezia Terme* de 9 de agosto de 2006, relativa a la usucapión por parte del titular del derecho de superficie: la sentencia considera que la posesión continuada sobre el fundo se transformó *medio tempore* en la posesión expresión del derecho de plena propiedad sobre toda la superficie, mediante la inversión prevista en el artículo 1164 CC italiano. La decisión del tribunal se basa en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, reconduce la posición del propietario que constituye el derecho de superficie a la del nudo propietario, pues se le priva de la posesión mate-

rial del bien, aunque cuenta con una función de control del derecho y de conservación del destino económico del bien. El autor critica esta visión del tribunal y demuestra que la ley prevé casos de constitución del derecho de superficie en los que la construcción del tribunal es difícilmente defendible.

En segundo lugar, en la sentencia se afirma que el superficiario realizó una serie de actos que conllevaban la posesión de la totalidad del fundo. La debilidad de este argumento la encuentra el autor en dos extremos: es posible entender que este tipo de actividades (1) se incluyen en el contenido del propio derecho de superficie; y (2) pueden considerarse actos tolerados (art. 1144 CC italiano).

El autor reprocha a la sentencia comentada la ausencia de un análisis en profundidad del título constitutivo del derecho de superficie que, a su juicio, habría conducido a una diferente conclusión. En fin, termina el comentario con una serie de consideraciones acerca de la inscripción de la sentencia que declara la usucapión. (*B. F. G.*)

CONTALDO, A.: «Il diritto d'autore e l'editoria elettronica: la tutela dell'opera in digitale», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 3, pp. 319-352.

Protección jurídica de las contribuciones informativas que se incorporan a una obra editorial digital. El equilibrio entre la tutela de la editorial *on line* y la libre circulación de servicios. La normativa comunitaria e italiana. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «Perdita di utilità ed estinzione della servitù - nota a Cass. 30 gennaio 2006 n. 1854», *GC*, 2007, núm. 1, pp. 204-206. (*M. R. D. R.*)

— «Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni - nota a Cass. 10 maggio 2006 n. 10715, Cass. 11 aprile 2006 n. 8420 e Cass. 31 gennaio 2006 n. 2166», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 465-468. (*M. R. D. R.*)

ERCOLANI, S.: «Una sommessima riflessione sul diritto d'autore all'epoca della convergenza (prima parte)», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 4, pp. 525-548.

Estudio de algunas cuestiones relativas al derecho de autor en el ámbito actual de la convergencia: De la TV analógica a la TV digital. La TV vía telefonía móvil. La Web TV. El mercado de la convergencia. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «La protezione dei progetti di lavori di ingegneria», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 4, pp. 560-566.

Artículo sobre la protección, dentro de la normativa del derecho de autor, de los proyectos de trabajo de ingeniería y otros trabajos análogos. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, G.: «Sull'incostituzionalità del rito societario in materia di proprietà industriale e concorrenza sleale: quali conseguenze? - osservazione a C. cost. 17 maggio 2007 n. 170», *GC*, 2007, núms. 7-8, pp. 1571-1574. (*M. R. D. R.*)

GALLOUX, J. Ch.: «A propos de l'application dans le temps de la loi núm. 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon», *RD*, 2008, núm. 5, pp. 302-306.

Trasposición de la Directiva 2004/48 de 29 de abril al Derecho francés con la Ley núm. 2007-1544 de 29 de octubre. Complejidad de la ley y problemas de conflictos de leyes temporales. Análisis de las disposiciones transitorias. (*I. S. P.*)

GENTILI, A.: «Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 *ter c.c.*», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 1-50.

Análisis de la nueva figura introducida por el artículo 2645 *ter* CC italiano, relativo al destino patrimonial atípico de bienes inmuebles y muebles registrados, a intereses mercedores de tutela. El autor se centra en dos aspectos: en primer lugar, la constitución del vínculo, su validez y los efectos frente a terceros; en segundo lugar, la ejecución del destino. (*B. F. G.*)

IZZO, N.: «Il tramonto del c.d. “condominio speciale” - osservazione a Cass. 26 luglio 2006 n. 17031 e Cass., sez. un., 24 maggio 2006 n. 12215», *GC*, 2007, núm. 1, pp. 136-140. (*M. R. D. R.*)

— «Spese di pulizia e illuminazione delle scale: un nuovo, ma discutibile, criterio di ripartizione tra i condomini - nota a Cass. 12 gennaio 2007 n. 432 e Trib. Roma 25 luglio 2005», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1111-1118. (*M. R. D. R.*)

— «Il decesso del condomino e l'avviso di convocazione di assemblea: una pronuncia innovativa, ma non condivisibile - nota a Cass. 22 marzo 2007 n. 6926», *GC*, 2007, núms. 7-8, pp. 1606-1617. (*M. R. D. R.*)

— «Il diritto condominiale al pari uso delle cose comuni e la sua incomprimibilità - osservazione a Cass. 7 dicembre 2006 n. 26226», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 1881-1886. (*M. R. D. R.*)

— «I limiti interni ed esterni dell'uso legittimo della cosa comune - osservazione a Cass. 27 luglio 2006 n. 17099 e a Cass. 19 aprile 2006 n. 9036», *GC*, 2007, núm. 10, pp. 2180-2182. (*M. R. D. R.*)

LUCCHINI GUASTALLA, E.: «L'amministratore di condominio persona giuridica», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 759-762.

Comentario a sentencia sobre si una persona jurídica puede ostentar o no el cargo de administrador de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. (*Alma R. G.*)

MARI, G.: «Possibile tutela dei titoli delle opere dell'ingegno», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 3, pp. 422-436.

El título como obra del ingenio. (*Alma R. G.*)

MARINELLI, F.: «Un'altra proprietà: l'enfiteusi», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 634-662.

El objetivo del presente artículo es demostrar que la enfiteusis es una figura jurídica que podría situarse al lado de la propiedad y no subordinada a ella: esto es, como una forma alternativa de propiedad.

A partir de un estudio histórico centrado en la Edad Media, época de mayor esplendor de la figura analizada, el autor extrae las características de la función y de la estructura de la enfiteusis que apoyan la tesis defendida. A título de ejemplo y a propósito de la estructura personal, considera que es el enfiteuta, y no el concedente, el propietario del fundo: el pago del canon no se configura como un obstáculo a esta tesis pues, afirma el autor, puede considerarse al concedente el beneficiario de una renta, pagado por el propietario-enfiteuta.

Para la defensa de su tesis, el autor trae a colación, junto al citado estudio histórico, las características del derecho de propiedad, bien para desmitificarlas (i.e. el carácter perpetuo), bien para demostrar la afinidad con la enfiteu-

sis; en este último sentido, se destaca la función social atribuida por la Constitución italiana a la propiedad para situarlo junto a la similar función cumplida por la enfiteusis, concretada en la posibilidad del enfiteuta de adquirir el fundo mediante el pago de un canon (*diritto di affrancamento*), reflejo de la posibilidad de adquirir un fundo mediante el trabajo.

Finalmente, el autor analiza y desmonta uno a uno los argumentos contrarios a su tesis. (*B. F. G.*)

MUNARI, A.: «Considerazioni giuridiche sul *product placement*», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 4, pp. 567-583.

Naturaleza jurídica del *product placement*, esa forma de comunicación cuyo objeto es la exposición de productos, marcas u otros símbolos comerciales; realizada mediante la inserción en las diferentes escenas de una película de imágenes o menciones de dichos productos, de modo integrado y coherente con el contexto normativo. (*Alma R. G.*)

NARDI, S.: «Il bene è mobile anche se non... “qual piuma al vento”», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 933-936.

Comentario jurisprudencial que profundiza en la noción de bien mueble e inmueble. (*Alma R. G.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Droit des biens», *SJ*, 2007, núm.42, pp. 197.

El Tribunal de casación confirma su denegación tanto de toda expropiación para causa de utilidad privada como de lotes de copropiedad desprovistos de verdaderas partes privativas. Toma partido sobre el carácter de orden público de los artículos 605 y 619 del Código Civil en cuanto a usufructo. Por último, se niega, por una parte, a aplicar los principios generales de las servidumbres a las líneas FED, y por otra parte, que una servidumbre por destino del padre de familia pueda ser creada por copropietarios. (*I. S. P.*)

PETRELLI, G.: «L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica nel diritto comparato», *RDC*, 2007, núm. 5, parte prima, pp. 585-640.

Examen de los requisitos del título para su inscripción en el Registro de la Propiedad, con referencia a la evolución histórica y régimen jurídico de Derecho comparado italiano, francés, belga e inglés sobre los diferentes sistemas de publicidad inmobiliaria: el principio de autenticidad del título a inscribir y vías de autenticarlo. (*M. R. D. R.*)

PLASMATI, M.: «La negoziazione dei beni culturali», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 771-797.

La naturaleza jurídica de los bienes culturales y el régimen de circulación de los mismos. (*Alma R. G.*)

PROTO, P.: «La riforma del procedimento possessorio», *GC*, 2007, núm. 3, pp. 83-115.

La posesión como situación de hecho protegida: vías procesales de tutela cautelar, a propósito de la L de 14 de mayo de 2005 núm. 80. (*M. R. D. R.*)

RACHELI, L.: «La legittima difesa privata del possesso e il divieto di farsi giustizia da sè», *NGCC*, 2007, núm. 10, pp. 1141-1144.

Comentario jurisprudencial sobre el principio de la autotela posesoria o la legítima defensa privada de la posesión como un posible derecho natural. (*Alma R. G.*)

SALVAGO, S.: «Revoca illegittima della concessione edilizia e tutela risarcitoria - nota a Cass. 9 marzo 2006 n. 8244», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1211-1214. (M. R. D. R.)

— «Aree edificabili e calcolo dell'indennità di occupazione temporanea - nota a Cass. 8 novembre 2006 n. 23809», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 1895-1901. (M. R. D. R.)

TAFFOREAU, P.: «L'internet et le droit d'auteur», *GP*, 304-307, pp. 7-10.

Aplicación del Derecho de autor a internet: creaciones en internet, copias, medidas de protección e información y las MTP. (R. A. R.)

TATAFIORE, A.: «La riproduzione temporanea in Internet di opere protette», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 3, pp. 437-467.

Las utilizaciones libres de obras del ingenio en la nueva normativa italiana del derecho de autor. (Alma R. G.)

VALENTINO, D.: «La circolazione dei beni in funzione di garanzia», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 511-556.

El presente artículo analiza la transmisión al acreedor de los bienes garantizados, como instrumento de protección del crédito. Aunque el sistema italiano es el principal objeto de estudio, también puede encontrarse un panorama de la legislación europea y de Derecho uniforme en la materia.

Son tres los aspectos en los que se centra la autora.

Primero, la compatibilidad entre la finalidad de garantía y la finalidad de intercambio en la circulación de los bienes, cuestión que se encuadra en la causa del contrato y que la autora considera resuelta por la admisión de la causa de garantía.

Segundo, la compatibilidad entre dichos negocios y la prohibición del pacto comisorio (art. 2744 CC italiano); en opinión de la autora vulneran dicha prohibición únicamente las transmisiones de bienes que no guardan proporción entre el valor del bien y el del crédito garantizado.

Finalmente, se propone eliminar, en el análisis de dicho fenómeno, las diferencias en las soluciones basadas en la naturaleza del bien transmitido en garantía, pues la diversidad de trato se justifica, a juicio de la autora, únicamente por razones históricas. (B. F. G.)

VV. AA.: «Propriété industrielle», *GP*, 2007, núm. 266-268.

Internet y derecho de autor; uso comercial del nombre familiar; instrumentos musicales y su uso; etc. (R. A. R.)

ZENO ZENCOVICH, V.: «I graffiti tra arte e illecito. Uno sguardo comparatistico», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 4, pp. 584-588.

Los graffiti: ¿obra protegida por el derecho de autor? (Alma R. G.)

DERECHO DE FAMILIA

AL MUREDEN, E.: «Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?», *NGCC*, 2007, núm. 11, pp. 1275-1282.

Estudio relativo a la hipótesis que surge cuando un bien inmueble dado en comodato se destina a vivienda familiar y en el juicio de divorcio o separación conyugal se asigna al cónyuge más necesitado de protección: ¿se modifica la naturaleza y el contenido del título que otorga el disfrute del inmueble? ¿Tiene derecho a la restitución el comodante? (*Alma R. G.*)

ALBERTINI, L.: «Conclusioni e formazione progressiva del patto di famiglia», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 311-354.

Análisis del pacto de familia en un intento de determinar su naturaleza jurídica: donación modal, contrato a favor de tercero, contrato divisorio, pacto sucesorio. Observaciones sobre los requisitos de forma, subjetivos y de consentimiento de las partes afectadas, ¿incluidas los legitimarios? (*M. R. D. R.*)

ANNUNZIATA, M.: «Il mantenimento del figlio maggiorenne: considerazioni alla luce del nuovo sistema dell'affido condiviso», *NGCC*, 2007, núm. 10, pp. 1121-1126.

Comentario jurisprudencial acerca del derecho al mantenimiento del hijo mayor de edad: fundamento, contenido y límites de tal obligación de mantenimiento. (*Alma R. G.*)

ARLOTTA, A.: «I caratteri della riconciliazione», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 1021-1026.

La reconciliación de los cónyuges tras la separación conyugal: La reconciliación a través de la declaración expresa. Los comportamientos relevantes a los fines de entender que se ha producido una reconciliación tácita. (*Alma R. G.*)

BALESTRA, L.: «Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione», *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1037-1063.

Amplio análisis sobre el «pacto familiar» y su compatibilidad con el régimen empresarial y societario. Efectos sobre el cónyuge, menores de edad... (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «Infedeltà coniugale, addebito e assegnazione della casa familiare tra vecchia e nuova disciplina», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 895-899.

La inobservancia de la obligación de fidelidad como causa de separación y su relación con la asignación de la vivienda familiar en ausencia de cuidado de hijos menores de edad. (*Alma R. G.*)

BRAMBRING, G.: «Teil-oder Gesamtnichtigkeit beim Ehevertrag», *NJW*, 2007, núm. 13, p. 865.

El autor analiza la nulidad parcial o total de las capitulaciones matrimoniales a partir de dos sentencias recientes del BGH. (*B. T. G.*)

BRUNETTA D'USSEAU, F.: «Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato», *NGCC*, 2007, núm. 11, pp. 1246-1251.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2007 sobre si los embriones procedentes de una pareja y después criopreservados en espera de una ulterior utilización, pueden ser implantados poste-

riormente en la mujer, no obstante la revocación del consentimiento por parte de su pareja varón. (*Alma R. G.*)

CICCARELLI, A.: «Cade un ulteriore ostacolo alla definitiva affermazione del *favor veritatis*», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 180-196.

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 6 de julio de 2006, núm. 266, que declara inconstitucional el artículo 255.1.3 Código civil italiano en virtud del cual la prueba del adulterio se erige en presupuesto ineludible para el éxito de la acción de impugnación de la paternidad.

La aplicación del precepto citado conducía a soluciones inaceptables: a título de ejemplo, las pruebas hematológicas, de las que resultaba que el hijo presenta características genéticas y del grupo sanguíneo incompatibles con las del presunto padre, quedaban sin efecto alguno en caso de falta de demostración del adulterio de la madre.

La autora, que aplaude el pronunciamiento del Tribunal, ofrece un recorrido histórico de la norma y abunda en las razones que fundamentan su inconstitucionalidad y que ya la doctrina había puesto de manifiesto en su momento. (*B. F. G.*)

DAMIANI, F. S.: «Sull'incostituzionalità del procedimento di ammissibilità dell'azione di riconoscimento della filiazione naturale», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1102-1115.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 2006, núm. 50 que declara inconstitucional el artículo 274 Código civil italiano, que preveía un procedimiento de admisibilidad de la demanda sobre reconocimiento de la paternidad o maternidad. Para el autor, la presente sentencia puede considerarse un primer paso hacia la eliminación de las hipótesis (residuales) de jurisdicción condicionada. (*B. F. G.*)

DIURNI, A.: «Storia e attualità della filiazione in Europa», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1397-1431.

El dinamismo del derecho en materia de filiación. La filiación como vínculo jurídico. La maternidad subrogada. La presunción de paternidad. El papel de la autoridad administrativa. La posición del padre biológico y/o genético. La prohibición de desconocimiento de la paternidad. La acción para la declaración de paternidad. El apellido del hijo. (*Alma R. G.*)

FALCONE, I.: «La rilevanza dei doveri coniugali tra disciplina di settore e regole di responsabilità civile», *GC*, 2007, núm. 10, pp. 379-408.

Análisis del «derecho a la sexualidad» del cónyuge, según una reciente orientación de la jurisprudencia que diferencia libertad y vínculo: intereses protegidos y pretensión resarcitoria en el ámbito de la responsabilidad civil en relaciones familiares. (*M. R. D. R.*)

FEDERICO, A.: «Atti di destinazione del patrimonio familiare e rapporti familiari», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 614-633.

El artículo constituye un intento de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 2645 ter Código civil italiano, relativo a la destinación de bienes al patrimonio familiar. El autor concluye que el precepto citado encierra una serie de figuras tan heterogéneas que pueden llegar incluso a poner en duda la utilidad del negocio de destinación. (*B. F. G.*)

FERRARA, F.: «Casa coniugale e ripartizione delle spese relative all'immobile assegnato», *NGCC*, 2007, núm. 6, pp. 255-260.

Artículo sobre la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. En especial, naturaleza del derecho del cónyuge que tiene asignada la vivienda, y forma de reparto de los gastos relativos a dicho inmueble. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «In tema di spese sostenute da un coniuge per accertare l'infedeltà dell'altro coniuge— osservazione a Cass. 12 aprile 2006 n. 8512», *GC*, 2007, núms. 7-8, pp. 1717-1719. (*M. R. D. R.*)

FRESNEL, F.: «Le médecin choisi inscrit sur le liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs», *GP*, 2007, núm. 313-314, pp. 2-6.

Cualidad del médico; condiciones de inscripción y redacción del certificado como medidas de protección de los mayores. (*R. A. R.*)

FREZZA, G.: «Dal prestito d'uso al comodato nuziale», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1141-1162.

Cuando un bien inmueble dado en comodato se destina a vivienda familiar, la posterior atribución de tal inmueble a favor de uno de los cónyuges, en el proceso de separación o divorcio, no modifica ni la naturaleza ni el contenido del título de disfrute sobre el inmueble. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H.: «Vers un divorce sans juge? (à propos des projets de divorce «notarial»)», *RD*, 2008, núm. 6, pp. 365-370.

Proyecto sobre el divorcio ante notario. Problemas que se plantean ante la desaparición del juez. Desnaturalización del matrimonio y aproximación a la pareja de hecho. (*R. A. R.*)

FUSARO, A.: «Assegnazione della casa familiare e problema di opponibilità», *NGCC*, 2007, núm. 10, pp. 391-397.

Artículo sobre la publicidad y, por consiguiente, oponibilidad frente a terceros de la asignación de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el procedimiento de separación o divorcio. (*Alma R. G.*)

GAETANO, L. DI : «Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile - nota a C. Cost. 10 febbraio 2006 n. 61», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1061-1070. (*M. R. D. R.*)

GRAZIOSI, A./CARNEVALE, V.: «Brevi osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio in Spagna», *RTDPC*, 2007, núm. 2, pp. 539-560.

Análisis de la reforma en el Derecho español del procedimiento de separación y divorcio: requisitos, guarda y custodia de los hijos, convenios entre las partes, medidas provisionales y definitivas. Valoración y comparación con el sistema italiano. (*M. R. D. R.*)

HÉBERT, S.: «Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?», *RD*, 2008, núm. 5, pp. 307-312.

La reforma del Derecho de sucesiones con la Ley de 23 de junio de 2006 y la protección de los mayores en la Ley de 5 de marzo de 2007. Aparición del man-

dato a efecto póstumo y del mandato de protección futura como mandatos preventivos en casos de incapacidad. Análisis de su régimen jurídico como mandatos con particularidades. (*R. A. R.*)

IMBRENDA, M.: «Patto di famiglia, solidarietà familiare e *family business*», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 418-470.

Artículo centrado en la sucesión de las pequeñas empresas familiares. Tras estudiar los antecedentes comunitarios, la autora se centra en la Ley de 14 de febrero de 2006, núm. 55, que modificó el Código civil italiano en materia de «Pactos de Familia».

La autora defiende un análisis del fenómeno que conciba al pacto de familia no sólo como un mecanismo de transmisión de la riqueza familiar, sino también como un instrumento fruto de la simbiosis entre la empresa y la familia: su principal objetivo es la racionalidad económica, concretada en la continuidad y eficacia de la empresa; el medio para conseguirlo es el acuerdo familiar. (*B. F. G.*)

LIPARI, N.: «Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza», *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1025-1035.

Reflexión sobre el estado de los proyectos legislativos de reconocimiento de derechos a las uniones de hecho, en sus diferentes supuestos. (*M. R. D. R.*)

LONG, J.: «I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione», *DFFP*, 2007, núm. 3, pp. 1432-1461.

Descripción de la situación del acogimiento familiar de menores y de la adopción en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional. Diversos modelos legislativos. (*Alma R. G.*)

MASCIA, A.: «Tra omosessualità e matrimonio: i danni non patrimoniali al coniuge tradito - nota a Trib. Brescia 14 ottobre 2006», *GC*, 2007, núm. 4, pp. 990-995. (*M. R. D. R.*)

MURGO, C.: «In tema di prole naturale l'interpretazione sistematica della novella sull'affido condiviso consente un'applicazione generale dei principi legislativi», *NGCC*, 2007, núm. 6, pp. 671-676.

Comentario jurisprudencial sobre la determinación de las condiciones precisas para la custodia del hijo natural. (*Alma R. G.*)

PANZANI, L.: «La revocabilità degli atti compiuti tra i coniugi in sede di modifica delle condizioni della separazione personale - nota a Cass. 12 aprile 2006 n. 8516», *GC*, 2007, núm. 6, pp. 1461-1464. (*M. R. D. R.*)

PARENTE, F.: «L'acquisto dei "beni personali" per surrogazione tra complessità della fattispecie e assiologia della norma», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 136-179.

Análisis del estatuto jurídico de los bienes personales de los cónyuges a la luz de la regulación del régimen legal de la *comunione dei beni*, previsto en los artículos 177 ss. del Código Civil italiano. (*B. F. G.*)

— «I rapporti patrimoniali tra i coniugi e il regime normativo dell'accordo di "scelta" della legge applicabile», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 3, pp. 663-694.

Análisis de los preceptos de la ley de reforma del sistema italiano de derecho internacional privado (Ley de 31 de mayo de 1995, núm. 218) que han modificado sustancialmente la normativa sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges. El autor demuestra que dicha reforma ha llegado incluso a suponer una modificación del concepto de núcleo familiar, pasando de un modelo patriarcal a un lugar de desarrollo de la persona física y de contexto para la valoración de las relaciones paritarias entre los miembros de la familia. (B. F. G.)

PATRUNO, F.: «Revisione dell'assegno divorzile e adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge beneficiario. Il punto sulla giurisprudenza di legittimità - nota a Cass. 23 agosto 2006 n. 18367», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 1913-1918. (M. R. D. R.)

PELLEGRINO, P.: «La capacità di intendere e di volere nella dottrina e nella giurisprudenza prima del codice Giovanneo-Paolino», *DFP*, 2007, núm. 3, pp. 1333-1371.

La capacidad de entender y de querer en el ámbito matrimonial a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia. (Alma R. G.)

PETERKA, N.: «Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine a l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs», *GP*, 2007, núm. 350-352, pp. 5-11.

Nueva regulación de las donaciones con la Ley 2006-728, de 23 de junio de 2006. Transmisión voluntaria del patrimonio como medida de protección del mayor y su regulación en la Ley de 5 de marzo de 2007. (I. S. P.)

PISAPIA, A.: «Una sentenza additiva in punto di attuazione della direttiva sul ricongiungimento familiare - nota a C. giust. CE. 27 giugno 2006 in causa C-540/03», *GC*, 2007, núm. 3, pp. 543-546. (M. R. D. R.)

RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Droit de la famille», *SJ*, 2007, núm. 27, pp. 170.

En la reciente jurisprudencia, los métodos de conjugación (matrimonios, pactos civiles de solidaridad, concubinatos) parecen acercarse en sus efectos jurídicos, hasta el punto de que algunos juristas siguen soñando con una determinada igualdad, un «derecho común de los pares», casados o no, socios o concubinarios. Se habría podido creer que la redacción del régimen jurídico del Pacto, mediante la Ley de 23 de junio de 2006, y la facultad de recurrir a una asociación ofrecida a los mayores de edad protegidos mediante la Ley de 5 de marzo de 2007 habrían calmado los ardores de los que reclaman un «verdadero» matrimonio homosexual, en adelante sin gran significado simbólico puesto que el pacto civil de solidaridad conquistó su legitimidad aumentando de hoy en adelante, mientras que el legislador se agota a reformar los textos que refuerzan el control de los matrimonios, cuyo número disminuye cada vez más. (R. A. R.)

— «Droit de la famille», *SJ*, 2008, núm. 1, pp. 102.

El final del año 2008 es extremadamente rico en novedades de jurisprudencia, en proposiciones de ley, en ideas de reforma, y los que se compadecían porque no se hacía derecho tienen que alegrarse: en primer lugar, con la verdadera «bomba» que introdujo la idea de hacer regular los divorcios convencionales por las partes, pero delante solo del notario. ¿La sugerencia merece que se reflexione, y los abogados ya destacaron que son los únicos capaces, porque es su misión, ya que hay un contencioso si no por qué se

divorciaría? y de aliviarlo, antes del paso en el notario. A continuación, se debe conocer la voluntad del Consejo constitucional de recordar que el ADN es la prueba por excelencia en cuanto a filiación: no hay razón para privar de ella a los niños de inmigrantes. Ante la diversidad de las decisiones jurisprudenciales y la negativa a hacer entrar a algunos elevados niños en un par homoparental o nacidos de una madre de sustitución en una estructura familiar, una comisión de reflexión acaba de ser creada sobre el tema: los debates jurídicos prometen ser pasionantes. (*I. S. P.*)

SALVESTRONI, U.: «Brevi note in tema di patto di famiglia», *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1291-1297.

Breves notas sobre la prohibición del pacto sucesorio y los efectos del «pacto de familia», a la luz de la Ley de 14 de febrero de 2006, núm. 55. (*M. R. D. R.*)

SIMLER, Ph.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 2007, núm. 47, pp. 208 ss.

Esta crónica abarca principalmente el primer semestre de 2007.

El lote de sentencias relativas a la solidaridad de los esposos para las deudas domésticas es inagotable (núms. 1 a 3). En régimen de comunidad, en cuanto que las rentas de los bienes propios lo abastecen, es innegable que su empleo en favor de estos mismos bienes, para reembolsar el empréstito que permitió financiarlos, da lugar a recompensa. La solución se impone, pero no sin reticencias (núm. 11). Tratándose del pasivo, una sentencia afirma que el empréstito contraído por un solo esposo y del que no responde la masa común es sin embargo, en principio, una deuda común desde el punto de vista de la contribución (núm. 13). (*I. S. P.*)

WEBER, A./BRUDERMÜLLER, G.: «Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2006», *NJW*, 2007, núms. 41-42, p. 2967 y 3040.

Los artículos dan cuenta de la evolución experimentada por el Derecho de familia desde mediados de 2006 hasta, aproximadamente, julio-agosto de 2007, como continuación de las contribuciones publicadas en *NJW* 2006 (pp. 3039 y 3184). (*B. T. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

ALBERTINI, L.: «Conclusion e formazione progressiva del patto di famiglia», *GC*, 2007, núm. 9, pp. 311-354.

Análisis del pacto de familia en un intento de determinar su naturaleza jurídica: donación modal, contrato a favor de tercero, contrato divisorio, pacto sucesorio. Observaciones sobre los requisitos de forma, subjetivos y de consentimiento de las partes afectadas, ¿incluidas los legitimarios? (*M. R. D. R.*)

BALESTRA, L.: «Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione», *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1037-1063.

Amplio análisis sobre el «pacto familiar» y su compatibilidad con el régimen empresarial y societario. Efectos sobre el cónyuge, menores de edad... (*M. R. D. R.*)

BEIGNIER, B.: «Droit de la presse et des médias», *SJ*, 2007, núm. 48, pp. 210.

Esta crónica abarca el período que va de septiembre de 2006 a septiembre de 2007.

No se encuentran grandes convulsiones jurisprudenciales, las sentencias dictadas son a pesar de todo numerosas y permiten recordar soluciones que siguen abasteciendo un contencioso importante tanto desde el punto de vista sustancial como procesal. (*I. S. P.*)

BERNABÉ, B.: «L'heritage historique de la profession d'avocat», *GP*, 2007, núm. 269-270, pp. 2-9.

Análisis histórico de las normas deontológicas de la profesión de abogado, partiendo de la época del Derecho Romano. (*I. S. P.*)

LE GUIDEDEC, R.: «Successions et libéralités», *SJ*, 2008, núm. 3, pp. 108 ss.

La crónica cubre el período de febrero de 2005 a febrero del 2007. Este período está marcado por la entrada en vigor de la ley No. 2006-728 de 23 de junio que contienen la reforma de las sucesiones y las liberalidades. Esta reforma es profunda tanto para derechos de sucesiones como para el derecho de liberalidades. (*I. S. P.*)

LUBY, M.: «Droit international et européen», *SJ*, 2008, núm. 5, pp. 112 ss.

La crónica esencialmente centrada en el primer semestre 2007, pone en escena los conflictos de normas tanto en las relaciones horizontales entre los órdenes jurídicos de los Estados, conflictos eventualmente regulados por una regla de conflicto de origen comunitario, que en las relaciones verticales entre órdenes jurídicos, por ejemplo entre una norma nacional de una norma comunitaria. La crónica de este semestre presenta de manera más profunda la evolución, dentro de este contexto de normas lentes múltiples de derecho de sociedades. (*I. S. P.*)

— «Droit international et européen», *SJ*, 2007, núm. 28, pp. 172.

A la lectura de la crónica siguiente que corresponde al primer semestre del año 2007, se da cuenta que el juez nacional nunca hizo tantos méritos como juez de derecho común del Derecho comunitario. Tanto el Tribunal de casación como el Consejo de Estado multiplican los pasos en favor del reconocimiento del derecho europeo. A veces también, el juez francés causa con firmeza la evicción de la norma comunitaria. Lo que permite a Francia extraer de esta confrontación entre las normas internas y comunitarias un determinado control de sus especificidades. (*R. A. R.*)

LUXEMBOURG, F.: «Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public», *SJ*, 2008, núm. 8, pp. 119.

Este concepto se encuentra presente tanto en derecho público como en privado. La concepción privatista difiere de la concepción publicista, pero el estudio de la doctrina, de la jurisprudencia y de la práctica, pone de manifiesto un movimiento de convergencia de los dos derechos. (*I. S. P.*)

MICHAUD, P.: «Les nouvelles regles de solidarité fiscale dans le cas de mariage ou de partenariat», *GP*, 2008, núm. 30-31, pp. 2-9.

Estudio a propósito del nuevo artículo 9 de la Ley de finanzas para 2008, de 24 de diciembre de 2007, evitando la responsabilidad solidaria fiscal en caso de separación matrimonial. (*R. A. R.*)

MONJAL, P. Y.: «La profesión d'avocat en France et le droit communautaire des services», *GP*, 2008, núm. 16-17, pp. 4-10.

Estudio a propósito de la Directiva comunitaria 2006/13 sobre servicios profesionales. Futuro de la profesión de abogado según la nueva regulación. (*I. S. P.*)

MUSOLINO, G.: «L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari», *RDC*, 2007, núm. 4, parte seconda, pp. 467-485.

Estudio de las normas de interpretación testamentaria, en torno a la preferencia de la voluntad del testador y la función de las disposiciones objetivas y de interpretación literal: el principio interpretativo ex artículo 1369 CC. (*M. R. D. R.*)

PAGLIANTINI, S.: «Il potere del testatore sull'olografo: per una rivisitazione dell'art. 684 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 4, pp. 1007-1051.

En el presente artículo se propone una relectura del artículo 684 Código civil italiano, relativo a la destrucción del testamento ológrafo.

Tras ofrecer un cuadro de la dogmática sobre el precepto, el autor plantea tres grandes cuestiones: 1) si los efectos de la revocación expresa o tácita deben ser los mismos que los derivados de una revocación ligada a otros tipos de actos voluntarios (fundamentalmente de tipo real); 2) cuál es el verdadero significado del artículo 684 Código civil italiano; 3) si pueden reconocerse otros casos de revocación al margen de los expresamente mencionados en el precepto y que no comprometen la materialidad del documento. (*B. F. G.*)

REIMANN, W.: «Die "rules against perpetuities" in deutschen Erbrecht», *NJW*, 2007, núm. 42, p. 3034.

El autor se plantea la aplicabilidad de la máxima «rules against perpetuities» en el Derecho alemán de sucesiones; esto es, sí y cómo el Derecho alemán limita temporalmente la última voluntad del causante. (*B. T. G.*)

SALVESTRONI, U.: «Brevi note in tema di patto di famiglia », *RTDPC*, 2007, núm. 4, pp. 1291-1297.

Breves notas sobre la prohibición del pacto sucesorio y los efectos del «pacto de familia», a la luz de la Ley de 14 de febrero de 2006, núm. 55. (*M. R. D. R.*)

SIEBER, H.: «Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2006», *NJW*, 2007, núm. 15, p. 1039.

El artículo ofrece una panorámica general del desarrollo del Derecho de sucesiones en el año 2006. (*B. T. G.*)

SUDRE, F.: «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *SJ*, 2008, núm. 4, pp. 110.

La presente crónica cubre el segundo semestre 2007. Recoge sentencias relativas a la prostitución, anuncio, libertad de expresión, etc. (*I. S. P.*)

TEDESCO, G.: «Sulla collazione passiva del mero legittimario - nota a Cass. 10 febbraio 2006 n. 3013», *GC*, 2007, núm. 5, pp. 1237 -1239. (*M. R. D. R.*)

TERRÉ, F.: «Les chemins de la vérité; Sur les tests ADN», *SJ*, 2008, núm. 1, pp. 100 ss.

La reciente Ley de 20 de noviembre de 2007 sobre la inmigración añadió nueve párrafos al artículo Ley 111-6 del Código de la entrada y la estancia de los extranjeros y del derecho de asilo, a fin de permitir, a petición de los solicitantes de visado, el recurso a las impresiones genéticas en caso de fallo de los servicios del estado civil de su país de origen. La tormenta suscitada por la admisión excepcional de este método de prueba, sin embargo ya reconocido en Derecho francés, es significativa cuando, al cruce del derecho y la política, los mejores espíritus escuchan demasiado las sirenas de lo irracional. (*I. S. P.*)

TESSERA, D.: «Successioni e liberalità: la riforma francese», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 358-368.

Artículo sobre la nueva Ley francesa 2006-728, de 23 de junio de 2006 que ha supuesto una modificación significativa tanto del régimen de sucesiones como del de las donaciones. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Sospensione del termine prescrizione e accettazione dell'eredità: minore (o interdetto) e legale rappresentante in conflitto di interessi – nota a Cass. 1 febbraio 2007 n. 2211», *GC*, 2007, núm. 2, pp. 580-585. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancée», *GP*, 2007, núm. 290-291.

Estudios diversos sobre las principales condenas en caso de ilícito; indemnización de daños; portabilidad de números de teléfono; situación de estos temas en Derecho anglosajón. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Technologies avancées», *GP*, 2008, núm. 20-22.

Estudios sobre la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico. Responsabilidad por daños y otros aspectos. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit du sport», *GP*, 2007, núm. 311-312.

Estudios sobre las fuentes del Derecho deportivo: sus particularidades en el Derecho comunitario. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2007, núm. 320-321.

Crónicas jurisprudenciales sobre la organización sanitaria; bioética; profesionales de la salud; políticas médico-sociales; protección social; etc. (*R. A. R.*)

VARIA

HOFFMANN, H.: «Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2007», *NJW*, 2007, núm. 36, p. 2594.

El artículo expone el desarrollo actual de la normativa sobre internet desde mediados de 2006 hasta mediados de 2007, como continuación de la información publicada en *NJW* 2006 (pp. 2602 y ss.). (*B. T. G.*)

PERLINGIERI, P.: «La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 2, pp. 497-510.

La tesis mantenida por el autor es que el civilista debe interpretar la ley a la luz de la Constitución y de los valores en ella reflejados. La explicación y defensa de su tesis se articula en tres partes.

En primer lugar, el autor expone los presupuestos sobre los que se apoya su tesis, que tienen que ver con la naturaleza normativa de la Constitución, con la concepción del Ordenamiento jurídico como una unidad y con la interpretación jurídica.

En segundo lugar, se da cuenta de la evolución del Tribunal Constitucional italiano en relación con este tema: la vinculación del juez ordinario a la Constitución a la hora de interpretar las normas, es algo que el Tribunal Constitucional ha exigido sólo a partir de los años '80 impulsado por Leopoldo Elia, su presidente en esos momentos.

Finalmente, el artículo concluye con algunas consideraciones sobre el papel del jurista a la hora de aplicar la legalidad constitucional. (B. F. G.)

SPICKHOFF, A.: «Die Entwicklung des Arztrechts 2006/2007», *NJW*, 2007, núm. 23, p. 1628.

El artículo se presenta como una continuación de la contribución publicada en *NJW* 2006 (pp. 1630 y ss.) analizando la evolución del derecho médico en los años 2006 y 2007. (B. T. G.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALPA, G.: «Il bicentenario del *Code de commerce* e le prospettive del diritto commerciale», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 291-312.

Reflexiones a propósito de la celebración del bicentenario del Código de Comercio italiano: la tradición del Código de Comercio en Italia, el Código de Comercio de 1882 y el Código civil unificado de 1942, ¿de la unificación a una nueva separación? (*Alma R. G.*)

CETRA, A.: «La pubblicità commerciale negli enti non societari titolari di impresa», *RDC*, 2007, núm. 4, parte seconda, pp. 407-449.

Estudio de la figura empresarial y sus obligaciones: la inscripción en el Registro Mercantil e información objeto de publicidad. Observaciones críticas a las sanciones jurídicas por falta de cumplimiento de la obligación de inscripción y publicidad, en contra de los remedios preventivos y a favor de los compensatorios. (*M. R. D. R.*)

FERRIER, D.: «La réforme des pratiques commerciales. Loi núm. 2008-3 du 3 janvier 2008», *RD*, 2008, núm. 7, pp. 429-433.

Estudio de la Ley de 3 de enero de 2008 sobre desarrollo de la competencia al servicio de los consumidores. Relaciones entre comerciantes y grandes distribuidores. Insuficiencia legal por una simplificación escasa de la relación contractual. (*R. A. R.*)

MONTEMAGGI, S.: «Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali», *NGCC*, 2007, núm. 6, pp. 634-676.

Resarcimiento del daño sufrido por el consumidor por vulneración de la normativa que tutela la competencia. En concreto, a través de la celebración de contratos «*business to consumer*». (*Alma R. G.*)

PRIETO, P.: «Actino de groupe et pratiques anticoncurrentielles: perspectives d'évolution...au Royaume-Uni», *RD*, 2008, núm. 4, pp. 232-236.

La protección del consumidor en una economía de mercado ante los abusos de posición dominante. Necesidad de acciones colectivas o de grupo privadas y públicas. La evolución en Reino Unido. (*R. A. R.*)

RIVEL, G.: «La regle de raison et le droiti communautaire de la concurrence, «inelegantia iuris»?», *RD*, 2008, núm. 4, pp. 237-246.

Restricciones a la competencia. Teoría de la regla de la razón constituida. Rechazo en el Derecho comunitario de la competencia. (*I. S. P.*)

ROSA, G. DI : «Tratti distintivi e aspetti problematici dell'impresa familiare», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 506-529.

Artículo sobre las empresas familiares: la relación entre familia y trabajo. El contenido de la actividad laboral prestada. Trabajo doméstico y deberes conyugales. Régimen de los acuerdos y productividad de la empresa. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Droit de la concurrence», *GP*, 2008, núm. 9-10.

Diversas crónicas jurisprudenciales sobre la situación de competencia a nivel comunitario. Desarrollo legal y jurisprudencial. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALBANESE, A.: «Operazioni sulle azioni proprie (e leveraged buy out) nel nuovo Diritto Societario», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 353-392.

Artículo dedicado a las operaciones sobre las propias acciones societarias: la adquisición y los casos especiales, la disciplina normativa y el *trading*, la prohibición de asistencia financiera, el *leveraged buy out*... (*Alma R. G.*)

BROUILLAUD, J. P.: «Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux?», *RD*, 2008, núm. 6, pp. 375-378.

La calificación de un acto como abuso de bienes sociales cuando es contrario al interés social y se acopla a fines personales. El fin personal se interpreta extensivamente tanto como interés material como moral. ¿Es válido? (*I. S. P.*)

CAPRIOLI, A.: «La disciplina della riduzione del capitale per perdite inferiori al terzo tra esigenze dei soci e interessi dei terzi - nota a Cass. 13 gennaio 2006 n. 543», *GC*, 2007, núm. 1, pp. 217-232. (*M. R. D. R.*)

CAUSSAIN, J. J.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2007, núm. 31-35, pp. 179 ss.

Si algunas de las decisiones comentadas en el marco de esta crónica (diciembre de 2006 a mayo de 2007) se inscriben en una corriente jurisprudencial clásica aportando útiles precisiones en materia de garantía de pasivo (§ 4), o de revocación de un Presidente de SAS (§ 5), otras decisiones dan prueba del poder creativo del juez, que tratan de interpretar la ley (§§ 1 y 10), de completarla (§§ 3, 6 y 7), o incluso de enmendarla (§§ 2, 8 y 9). (*R. A. R.*)

COMASTRI, M./VALERINI, F.: «Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.», *RDC*, 2007, núm. 4, parte seconda, pp. 451-465.

Sobre la reforma del Derecho Societario. Observaciones acerca de la responsabilidad de los administradores, por daños derivados de su mala gestión, en las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al artículo 2476.3 CC: revocación cautelar del administrador, requisitos y efectos, acción resarcitoria. (*M. R. D. R.*)

DORIA, G.: «Il patrimonio finalizzato», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 485-515.

Observaciones sobre la figura de la persona jurídica fiduciaria, la «sociedad de capital unipersonal», su patrimonio, y la figura del «trust» y actividades fiduciarias. (*M. R. D. R.*)

FABBIO, P.: «Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese», *NGCC*, 2007, núm. 7-8, pp. 902-908.

Ámbito de aplicación objetivo de la prohibición del abuso de dependencia económica, y control de las condiciones generales del contrato en las relaciones entre empresas. (*Alma R. G.*)

FURMANS, S.: «Haftungsbegrenzung in der gemischten Sozietäta un AGB-Kontrolle», *NJW*, 2007, núm. 20, p. 1400.

El artículo plantea la cuestión de la delimitación de responsabilidad en las sociedades profesionales mixtas y el control de las condiciones generales de la contratación. (*B. T. G.*)

GUIDOTTI, R.: «Società a responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 668-687.

Artículo relativo a las sociedades de responsabilidad limitada y a la centralidad de la persona del socio: el Ordenamiento italiano después de la reforma orgánica de la normativa reguladora de las sociedades de capital. El derecho de información y control del socio de dichas sociedades. El derecho de consulta de los documentos sociales. El problema de los límites al ejercicio del derecho de información. Los derechos de las minorías. Estudio de los ordenamientos alemán, francés, portugués y español. (*Alma R. G.*)

HIRTE, H.: «Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2005 bis 2006», *NJW*, 2007, núm. 12, p. 817.

El artículo examina la evolución jurídica del Derecho societario en los años 2005 y 2006, como continuación de las contribuciones publicadas en *NJW* 2005 (pp. 477 y 718) sobre sociedades capitalistas y sociedades personalistas, respectivamente. (*B. T. G.*)

QUARTICELLI, P.: «Interpretazione della delibera assembleare secondo buona fede e tutela del diritto di opzione dei soci», *NGCC*, 2007, núm. 9, pp. 923-1053.

Comentario a sentencia que expresa una nueva aplicación de la cláusula general de la buena fe en materia de sociedades, con el fin de aclarar el significado de un acuerdo de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada. (*Alma R. G.*)

RIVOLTA, G. C. M.: «Ragioni dell'impresa e principio di conservazione nel nuovo diritto societario», *RDC*, 2007, núm. 4, parte prima, pp. 561-572.

Observaciones sobre la reforma del Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, que la *legge 3 ottobre 2001*, núm. 366, encarga al Gobierno italiano, con el objetivo de favorecer el nacimiento, desarrollo y competitividad de las empresas en el mercado nacional e internacional. (*M. R. D. R.*)

SANGIOVANNI, I.: «La responsabilità degli amministratori di S.R.L. verso la società», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 693-711.

Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades de responsabilidad limitada: los deberes de los administradores en general. El deber de informarse y de preparar adecuadamente las decisiones. El daño y el nexo de causalidad. El posible concurso de los socios en la responsabilidad. El carácter solidario de la responsabilidad y los diversos regímenes de administración. (*Alma R. G.*)

SICCHIERO, G.: «Le ipotesi statutarie di esclusione del socio di S.R.L. sono tassative?», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 904-911.

La reforma de la normativa italiana reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada ha introducido la posibilidad de excluir a los socios, con el problema de gran relevancia práctica que ello lleva consigo: ¿para qué tipos de casos puede pronunciarse tal exclusión? (*Alma R. G.*)

SIMLER, Ph.: «Droit des sûretés», *SJ*, 2007, núm. 49, pp. 212.

Dos sentencias merecen destacarse: la de la Sala mixta el 8 de junio de 2007, que prohíbe en la fianza oponer al acreedor la excepción de nulidad para dolo del contrato principal, y la de la Sala comercial de 22 de mayo de 2007, que decide que la renuncia a las actuaciones judiciales contra el deudor principal no supone un obstáculo a la continuación de la garantía solidaria. Uno y otro, pero el primero citado más profundamente que el segundo, abren infracciones en el carácter accesorio tradicionalmente vinculado al compromiso de la fianza, puesto que ésta puede tenerse al mismo tiempo que el contrato principal se vicia y al mismo tiempo que el acreedor renunció perseguir al deudor. El derecho de las seguridades reales siguió siendo, por su parte, a Dios gracias, mucho más pacífico. (*I. S. P.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

HATJE, A.: «Die Dienstleistungsrichtlinie - Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert», *NJW*, 2007, núm. 33, pp. 2357-2363.

El artículo examina las consecuencias de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006,

relativa a los servicios en el mercado interior respecto del ejercicio de la abogacía. (B. T. G.)

HENSSLER, M./MANTEL, H.-P.: «Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung», *NJW*, 2007, núm. 20, p. 1393.

La entrada en el mercado alemán de sociedades de abogados extranjeras ha traído también nuevas formas jurídicas de organización del ejercicio profesional; en concreto, los autores analizan la *Limited Liability Partnership* del derecho inglés. (B. T. G.)

RÖMERMANN, V.: «Auflösung und Abspaltung bei Anwaltssozietäten», *NJW*, 2007, núm. 31, p. 2209.

El autor analiza los supuestos de disolución y escisión en el contexto de las sociedades de abogados. (B. T. G.)

VV. AA.: «Droit bancaire», *GP*, 2007, núm. 252-254.

Estudios sobre prescripción en Derecho bancario desde la perspectiva del derecho comunitario; obligación de información de los bancos y crónicas jurisprudenciales. (I. S. P.)

CONTRATOS MERCANTILES

BARALDI, M.: «Il warrant come contratto e come titolo di credito», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 607-646.

Artículo sobre el concepto y la naturaleza jurídica del *warrant*. (Alma R. G.)

INFANTINO, M.: «Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il *factoring* internazionale e la cessione di credito fra Convenzioni e Principi», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 232-298.

El presente artículo parte de una cuestión: ¿cuál es la utilidad del Derecho Uniforme en el ámbito del *factoring* internacional?

Esta figura contractual, que permite al empresario ceder a título oneroso sus créditos a un operador especializado (el *factor*) quien, a cambio, prestará una serie de servicios como la gestión de los créditos, puede ser doméstico o internacional: este último, en el que se centra el presente artículo, se caracteriza porque el acreedor (cedente) y el deudor residen en Estados distintos.

Constatado el aumento del recurso al *factoring* internacional, iniciado en los años 80 del pasado siglo, y tras individualizar las formas que, con más frecuencia, la práctica suele denominar *factoring*, se analizan los instrumentos internacionales dictados con el objeto de uniformar esta materia: la *Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* (aprobado por UNCITRAL) y la *UNIDROIT Convention on International Factoring*. Son también objeto de análisis, en la medida en que influyen en la materia analizada, los PECL, los UNIDROIT Principles y el *Code Européens des Contrats*.

Para la autora, a pesar de la escasa proyección en la práctica de los instrumentos citados, su existencia se justifica por otras razones: a título de ejemplo, su publicación ha servido para que los Estados legislen sobre la materia. (B. F. G.)

LEMA, V.: «Il valore delle riserve tecniche delle compagnie di assicurazioni secondo le indicazioni del codice delle assicurazioni private», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 1208-1222.

Artículo dedicado al valor de las reservas técnicas de las compañías de seguros: criterios ordenadores, balance de las empresas de seguros, reservas técnicas y su cobertura, la valoración del activo patrimonial. (*Alma R. G.*)

MARIO MANCINI, A.: «La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra *culpa in contrahendo* e vizi del consenso», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 51-88.

Los escándalos de Cirio, Parmalat y Argentina han dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a los contratos de inversión. El presente artículo se centra en las consecuencias derivadas de la violación de las obligaciones de información que corresponden al intermediario.

Un correcto análisis de la cuestión central exige, a juicio del autor, detenerse previamente en las distintas fases de la negociación y, en concreto, en la relación entre la orden del cliente al intermediario («contrato marco» que el autor califica de mandato) y el contrato celebrado por este último en ejecución de aquélla. En opinión del autor, se trata de dos contratos íntimamente conectados pero independientes entre sí a la hora de, por ejemplo, evaluar la correcta formación del consentimiento de las partes.

El autor no comparte la solución del Tribunal Supremo italiano en caso de vulneración de las obligaciones de información impuestas por la ley al intermediario: el Alto Tribunal se basa en la cláusula general de la buena fe prevista en el artículo 1337 Código civil italiano para declarar la responsabilidad precontractual del intermediario; por el contrario, el autor defiende la nulidad del contrato por vicio del consentimiento.

Termina el artículo con algunas consideraciones sobre la posible existencia de conflicto de intereses entre cliente e intermediario. (*B. F. G.*)

MAYAUX, L.: «La participation aux bénéfiques dans les assurances «emprunteurs»: mythe ou réalité ?», *SJ*, 2007, núm. 37, pp. 184.

¿A quién van los importantes beneficios realizados por los aseguradores sobre los seguros de grupo «prestatarios»? ¿Pueden compartirse entre el asegurador y la entidad de crédito como lo prevén los protocolos financieros que concluyen entre ellos? ¿O deben pagarse esencialmente a los prestatarios, como resultaría del artículo L. 331-3 del Código de los seguros cuyo antiguo decreto supuestamente ilegal habría limitado erróneamente el ámbito de aplicación? El presente estudio pone de manifiesto que esta última solución no está más determinada. (*R. A. R.*)

— «Assurance-vie: les audaces tranquilles du législateur; Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007», *SJ*, 2008, núm. 3, pp. 106.

De apariencia anodina, la Ley 17 de diciembre de 2007 no se contenta con facilitar la búsqueda de los beneficiarios del contrato de seguro de vida no reclamantes se reforma la acepción de beneficiario, entra, por primera vez desde la ley de 12 de julio de 1930, al corazón del contrato. Del mecanismo de la estipulación en favor del tercero se encuentra transformada. (*I. S. P.*)

MONTANARINI, M.: «Contratti di cessione e di uso di *know how* e concorrenza sleale», *CI*, 2007, núm. 4-5, pp. 1124-1156.

El contrato de *know how* en el ordenamiento jurídico. Hipótesis de competencia desleal y formas de protección previstas en el ordenamiento. (*Alma R. G.*)

PIRONON, V.: «L'internet et la mondialisation», *GP*, 2007, núm. 304-307, pp. 11-16.

Desarrollo del comercio electrónico a partir fundamentalmente de los años 90. Riesgos de inadaptación de los derechos nacionales. Problemas e incertidumbres. (*I. S. P.*)

PLASMATI, M.: «Il *leasing* di azienda», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 576-606.

La función del contrato de *leasing*. La normativa aplicable al *leasing* de hacienda. La prohibición de concurrencia en el *leasing* de hacienda. (*Alma R. G.*)

SEMERARIO, M.: «Divieto di anatocismo e squilibrio contrattuale nel conto corrente bancario», *Rass. Dir. Civ.*, 2007, núm. 1, pp. 197-210.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Lecce de 30 de mayo de 2005 sobre anatocismo bancario. El artículo 1283 Código civil italiano lo admite única y exclusivamente en caso de existir un uso normativo formado con anterioridad a la promulgación del Código civil italiano de 1942.

El comentario se centra en tres aspectos: *a*) el papel de los usos en el sistema de fuentes; *b*) la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancario; y *c*) el poder de intervención del juez en la regulación contractual. (*B. F. G.*)

VV. AA.: «Droit des assurances», *GP*, 2007, núm. 308-310.

Estudios jurisprudenciales sobre los seguros terrestres, de daños a bienes, de responsabilidad civil; de vehículos de motor; de construcción; de vida; etc. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

CABRILLAC, M.: «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 2007, núm.39, pp. 190.

Esta *chronique* abarca el período de febrero a junio de 2007. Se destacarán, en particular, las siguientes decisiones: una sentencia de 9 de mayo de 2007 que impone al acreedor que demanda una relación de caducidad manifestar su crédito en el mismo plazo (*infra* § 8); una sentencia de 18 de mayo de 2007 según la cual el acreedor de una sociedad civil en liquidación judicial que declara su crédito puede perseguir a los asociados sin tener que demostrar que el patrimonio social es insuficiente para satisfacerlo (*infra* § 10). (*R. A. R.*)

FIMMANÓ, F.: «La vendita fallimentare dell'azienda», *CI*, 2007, núm. 2, pp. 530-575.

Quiebra y liquidación de la empresa. La venta unitaria de la hacienda. Los efectos de tal venta. En concreto, los efectos sobre los contratos de trabajo subordinado. (*Alma R. G.*)

PLASMATI, G.: «Il divieto di ingerenza negli affari sociali ex art. 2320 c.c. e il fallimento del socio accomandante alla luce della legge di riforma fallimentare», *CI*, 2007, núm. 3, pp. 855-872.

Concepto y alcance de la prohibición de intromisión en los asuntos sociales de acuerdo con lo previsto en el artículo 2320 CC italiano y efectos jurídicos de la vulneración de tal prohibición: no se extiende la quiebra al socio comanditario. (*Alma R. G.*)

RÉMERY, J. P.: «L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises», *SJ*, 2008, núm. 2, pp. F103

Estudio sobre la Ley 2005-845, de 26 de julio, de salvaguarda de las empresas. (*I. S. P.*)

TEBOUL, G.: «La cessation des paiements: une définition sans avenir?», *GP*, 2007, núm. 318-319, pp. 2-16.

La cesación de pagos en términos legales y la necesidad de una nueva definición. Salvaguarda de la empresa según la jurisprudencia. Búsqueda de soluciones. Pasivo y seguridad jurídica. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Procedures collectives», *GP*, 2008, núm. 20-22.

Necesidad de regulación de procedimientos de insolvencia para salvaguardar a las empresas en crisis. Situación jurisprudencial sobre la materia concursal. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Procedures collectives», *GP*, 2007, núm. 299-300.

Estudios varios sobre precio de reventa; aplicación del criterio de territorialidad a los grupos de sociedades. Situación jurisprudencial. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------------|---|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Am. J. Comp. L. | American Journal of Comparative Law |
| Cal. L. Rev. | California Law Review |
| Cambridge L. J. | Cambridge Law Journal |
| CI | Contratto e Impresa |
| Colum. L. Rev. | Columbia Law Review |
| DFP | Il Diritto di Famiglia e delle Persone |
| Dir. Aut. | Il Diritto di Autore |
| ERPL | European Review of Privat Law |
| FI | 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 |
| M. L. R. | 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 |
| RD | Recueil Dalloz |
| RDC | Rivista di Diritto Civile |
| RDIm | Revue de Droit Immobilier |
| 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: **M.^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Cristina GARCÍA GREWE, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. Fraude procesal como aspecto del fraude de ley.–Existe doctrina emanada de la jurisprudencia de esta Sala y realizada con base al artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que determina los efectos del fraude procesal, y así, como epítome, hay que traer a colación las SS de 23 de enero de 1999 y de 31 de marzo de 2000, cuando en ellas se dice que el fraude procesal es un verdadero: «...fraude de ley, existiendo entre ambas una notoria semejanza, pudiendo ser comprendidas ambas en la norma del apartado 4 del artículo 6 CC, y en punto a su existencia exigen la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan, habiéndose declarado así por uniforme doctrina jurisprudencial de la Sala, recogida, entre

otras, en las SS de fechas de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 1 de febrero de 1990 y 20 de junio de 1991, cuya exigencia se encuentra presente en la definición que del “fraude de ley” se hace en la indicada norma, por tanto, los requisitos a tener en cuenta para calificar los hechos de “fraude de ley”, cabe esquematizarlos, recopilando la doctrina referida, así: que el acto o actos sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerle, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros, debiendo señalarse, asimismo, que la susodicha figura no requiere la prueba de la intencionalidad, siendo, pues, una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que la configura. De lo expuesto, es decir, como resumen, que el “fraude legal” se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida y denominada de “cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir, designada como “norma ineludible o soslayable”». (STS de 2 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La actora planteó su demanda reclamando —como propietario y arrendador— el pago de una cantidad cuya base eran las rentas derivadas de un alquiler de locales de negocio. El demandado aparecía, naturalmente, como arrendatario. Pero pudo constatar: 1) que el actor había dejado de ser propietario por el juego de una condición resolutoria operante en la compraventa por la que había adquirido los locales; 2) que cuando el demandado ya había abandonado los locales con devolución de las llaves al arrendador, este último interpuso demanda de desahucio; 3) que la demanda de la que el recurso de casación traía causa se interpuso por quien no era propietario contra quien ya no era arrendatario y por las rentas correspondientes al tiempo transcurrido hasta el lanzamiento. Como dice la sentencia que se reseña: «[...] se ha iniciado un acto procesal basándose en la cobertura de un proceso de desahucio impregnado de mala fe, ya que se ejercita sobre locales que no eran propiedad del actor unos, y otros que ya habían sido dejados a disposición del verdadero propietario; utilizando con fines torticeros para obtener unas ganancias económicas a través de un acto procesal fraudulento». Se desestimó la reclamación por la sentencia de instancia. La Audiencia estimó parcialmente la apelación del actor. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (R. G. S.)

2. Actos propios. Doctrina jurisprudencial. Renuncia de coheredero a las acciones que pudieran corresponderle, en la escritura de aceptación de herencia y partición.—En este caso se produce una renuncia a la posible reclamación sobre la finca objeto del contrato, tanto tácita como expresa: es renuncia tácita la intervención, como parte, en la partición del haber hereditario de sus padres en cuyo inventario no aparecía la finca cuya reclamación es el objeto de este proceso, renuncia tácita que es admitida jurisprudencialmente (así, la STS de 30 de octubre de 2001 declara que «si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el

art. 6.2 CC que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita); y, por otra parte, es renuncia expresa la declaración que consta en la misma escritura de aceptación de herencia y partición que expresa literalmente que renuncia a las acciones, a la cual también se ha referido la jurisprudencia (así, la STS de 25 de noviembre de 2002 dice que «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia»). La renuncia, por dos veces, tácita y expresa, en el presente caso es indiscutible: el aceptar un inventario que no incluye la finca, a sabiendas, es una posición clara, terminante e inequívoca de que no la pretende reclamar nunca y el renunciar a las acciones que pudieran corresponderle, por darse por pagado, es una clara renuncia expresa.

Conforme a la jurisprudencia, el principio general del Derecho de los actos propios tiene como efecto la «extinción de algún derecho, sin que la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho» (STS de 27 de enero de 1996), «no produciendo efectos en el caso de que el acto esté viciado por error provocado o cuando se violenta el consentimiento del otorgante» (STS de 30 de septiembre de 1996), que «ha de ser concluyente e indubitado y con alcance inequívoco» (STS de 7 de marzo de 1997). Este principio se basa en la «inadmisibilidad de venir contra los propios actos... comportamiento coherente ... 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» (STS de 16 de febrero de 1998), lo que se reitera en la idea de «incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior» (SSTS de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001).

Contrato de vitalicio. Calificación.—Como *obiter dictum*, el Tribunal Supremo considera que el contrato por el que se cede el pleno dominio de una finca y, como contraprestación a la cesión, la parte cesionaria se obliga a prestar a la cedente, con carácter vitalicio, asistencia personal y alimenticia debe ser calificado de vitalicio antes de la introducción en el Código civil (arts. 1791 a 1797) del contrato de alimentos por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. El contrato de vitalicio carecía de regulación legal y tenía amplia cobertura jurisprudencial (así, las SSTS de 31 de julio de 1991, 8 de mayo, 2 de julio y 21 de octubre de 1992, 17 de julio de 1998, 18 de enero de 2001, 9 de julio de 2002, 1 de julio de 2003...). **(STS de 17 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 17 de noviembre de 1992 se celebró un contrato entre doña E. A. C. M. y su madre, por el que ésta cede a aquélla «que acepta el pleno dominio de la finca...» y «como contraprestación a la cesión, la parte cesionaria se obliga a prestar a la cedente, con carácter vitalicio, asistencia personal y alimenticia». El 11 de junio de 1997 se otorgó la escritura de aceptación de herencia, partición y adjudicación de bienes respecto a la herencia del padre, fallecido en 1986, y de la madre, la anterior contratante, fallecida en 1993, por los dos hermanos, ahora litigantes, herederos de ambos por mitad y a partes iguales, no apareciendo en ella la finca que

había sido objeto del citado contrato, y al final de la misma consta la siguiente declaración: «con las adjudicaciones hechas los herederos se dan por pagados en sus respectivos haberes, renuncian a cuantas acciones pudieran corresponderles y solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad se sirva practicar dichas adjudicaciones en los términos y proporciones antes dichas».

Con posterioridad, don M. G. C. M. ejercitó acción contra su hermana doña E. A. C. M., solicitando la declaración de nulidad por simulación del contrato entre ésta y la madre de ambos, su calificación como de donación colacionable a efectos de determinar el caudal hereditario de la misma; y la integración del bien objeto de tal contrato o su contraprestación en dicho haber hereditario, para proceder a la partición.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, desarrollando la doctrina jurisprudencial respecto a la vinculación jurídica de los actos propios, porque el demandante conocía la existencia del aludido contrato cuando se otorgó la escritura de aceptación de herencia y partición de la que se ha hecho referencia, y el demandante (y su hermana) se dieron por pagados en sus respectivos haberes, renunciando a cuantas acciones pudieran corresponderles; «a mayor abundamiento» califica el contrato como atípico o innominado, de contrato de vitalicio. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial, aparte de calificar el contrato de donación remuneratoria, confirmó la sentencia del Juzgado, estimando correcta la aplicación de la doctrina de los propios actos. Finalmente, don M. G. C. M. recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia recoge la reiterada jurisprudencia sobre la denominada «doctrina de los propios actos», que establece la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando con él la persona contradiga el sentido que conforme a la buena fe haya que dar a su conducta anterior. Esta doctrina, con bases en el Derecho romano y desarrollada por los glosadores medievales como *adversus factum suum quis venire non potest* o *non venire contra factum proprium*, es frecuentemente considerada como un principio general del Derecho (como en la sentencia que anotamos), pero entendemos —con los Profs. Díez-Picazo y Gullón, entre otros— que tal carácter ha de matizarse, puesto que si no, como verdadera norma que constituiría, se produciría una fosilización de las situaciones jurídicas, en el sentido de que no cabrían —o sólo excepcionalmente— los supuestos de impugnación, revocabilidad o desistimiento unilateral. Más bien esta doctrina podría considerarse como derivación del principio general de la buena fe, que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de Derecho: la buena fe exige un comportamiento coherente con la confianza suscitada por los actos de su autor. (F. J. J. M.)

3. Plazo de prescripción para exigir responsabilidad a los administradores y gerentes de las compañías mercantiles.—Tiene establecido la doctrina jurisprudencial que el plazo de prescripción para exigir responsabilidad a los administradores y gerentes de compañías mercantiles es de cuatro

años del artículo 949 CCO (SSTS de 7 de junio y 21 de julio de 2001, 1 de marzo de 2003, 1 de marzo y 5 de octubre de 2004 y 15 de junio de 2005).

Prescripción: la carga de la prueba del *dies a quo* corresponde a quien alega la prescripción.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que corresponde a quien alega la prescripción la prueba del *dies a quo*, de manera que la falta de concreción y la indeterminación del día inicial, o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado (SSTS de 10 de marzo de 1989 y 3 de diciembre de 1993).

Requisitos del fraude de ley (art. 6.4 CC) según la jurisprudencia.—La S. de 28 de enero de 2005 recoge la interpretación del artículo 6.4 CC por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Según la misma «el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (SSTS, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de junio de 2000). Se caracteriza (SSTS, entre otras, de 4 de noviembre de 1994, 23 de enero de 1999, 27 de mayo de 2001, 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable», además que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (SSTS de 7 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). No se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la Ley (SSTS de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (S de 23 de enero de 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (SS de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993)». (STS de 9 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La parte actora, una entidad bancaria, presenta demanda contra: *a*) una entidad mercantil reclamando la cantidad de 52.324.523 pesetas, más los intereses de demora concertados en las pólizas de crédito desde la fecha de cierre de cuenta, más los intereses legales devengados por las letras de cambio; *b*) los miembros del Consejo de Administración de la citada entidad mercantil, por su negligencia en la gestión social, condenándoles a pagar solidariamente entre sí y con dicha entidad las mismas cantidades que reclama en el apartado anterior, y *c*) contra los garantes o fiadores solidarios de las referidas pólizas de créditos solicitando que se les condene al pago de 41.490.928 pesetas, más intereses de demora pactados desde la fecha del cierre de las cuentas. En el acto de comparecencia la actora desistió de la reclamación de parte de la cantidad solicitada, quedando reducida el importe, frente a la entidad mercantil demandada, al pago de 41.490.928 pesetas, más los intereses de demora. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa mercantil demandada y a los fiadores solidarios de las pólizas de créditos al pago de 41.490.928 pesetas, más los intereses pactados. Apelada la sen-

tencia, la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó íntegramente la demanda en el sentido de condenar solidariamente a todos los demandados a pagar de 41.490.928 pesetas, más los intereses pactados. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo lo desestima (C. O. M.).

4. Interrupción de la prescripción por tramitación de proceso penal.—Según el artículo 114 LECr, «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Este precepto impide el proceso civil por nacer o haber ya nacido sobre el mismo hecho objeto de un proceso penal. De ahí que el plazo de prescripción no transcurra si se sigue un proceso penal por el mismo hecho y se interrumpa si hubiera ya comenzado cuando aquel se incoo (SSTS de 6 de junio de 2002 y 23 de octubre de 2003).

En todo caso, para que, comenzada la prescripción, se interrumpa el curso del tiempo por la tramitación de un proceso penal es necesario que éste tenga por objeto el mismo hecho que el que lo es de la acción civil. Si se produce la interrupción del plazo, no sólo se paraliza el transcurso del mismo, sino que queda sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el cómputo se inicia *ex novo* una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos (STS de 22 de diciembre de 1999). (STS de 9 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—*X Internacional, S. A.*, compró en Brasil treinta y ocho mil seiscientos ochenta y un kilos netos de langostinos y gambas congelados. La mercancía fue transportada por *Y*, mediante cinco contenedores, en el buque *Y Eiffe*, desde Fortaleza hasta Valencia. Como la carga debía mantenerse a una temperatura de menos dieciocho grados centígrados, *X Internacional, S. A.*, contrató a *Levante, S. A.*, para que, una vez se hallara en el puerto de destino, ejecutase rápidamente los trámites correspondientes al tránsito aduanero y, específicamente, para que los contenedores fueran conectados a la red eléctrica, a fin de mantener el frío en su interior. Sin embargo, *Levante, S. A.*, no cumplió lo pactado y mantuvo los contenedores sin conexión a cualquier sistema de producción de frío durante varios días, con la consecuencia de provocar la pérdida total de su contenido.

X Internacional, S. A., interpuso demanda en la que solicitaba la condena de *Levante, S. A.*, como contratante incumplidor, a pagarle el valor de la carga, además del lucro que iba a obtener y no obtuvo por dicha causa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de condena por entender que había prescrito, al haber transcurrido, contado el tiempo desde la entrega del cargamento en el lugar de destino, el año que señala el artículo 952.2.º CCO y consideró que ese plazo no había quedado interrumpido por haber interpuesto la demandante una querrela contra la demandada por los delitos de falsedad documental y estafa, al tener la misma por objeto hechos distintos de los alegados en la demanda rectora del proceso civil.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandante, pero lo hizo por entender caducada la acción ejercitada en la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes. El Tribunal de apelación consideró que la querrela interpuesta por la demandante no había interrumpido el plazo señalado en el artículo 22.4, no porque tuviera por objeto hechos distintos de los que constituyen la causa de pedir identificada en la demanda, sino por ser regla que la caducidad no admite interrupción alguna.

NOTA.—El Alto Tribunal señaló en esta sentencia que el régimen temporal de ejercicio de la acción ejercitada no es el contenido en el artículo 22.4 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, plazo de caducidad que no admite interrupción, sino en el artículo 952.2.º CCO, plazo de prescripción que había quedado oportunamente interrumpido por la tramitación de un proceso penal. El primer precepto fue el aplicado por la Audiencia Provincial y el segundo por el Juzgado de Primera Instancia.

A la interrupción del plazo de prescripción por la tramitación de un proceso penal se han referido, entre otras, las SSTS de 27 de mayo de 1997, 19 de diciembre de 2001, 22 de diciembre de 1999 y 23 de octubre de 2003. (*M. C. L. J.*)

5. Interrupción de la prescripción y suspensión: diferencias.—La interrupción de la prescripción, recogida en el artículo 1973 CC, puede ser definida como el acto que evita la consumación de la prescripción. Su principal efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción. La interrupción, pues, es un acto obstativo de la prescripción, que revigoriza el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta.

Por el contrario, la suspensión de la prescripción —que no se encuentra regulada, con carácter general, en Derecho español— paraliza ésta; es decir, no corre el tiempo para la misma aunque no inutiliza el ya transcurrido. Por ello, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue el cómputo del tiempo para la prescripción. (**STS de 16 de marzo de 2006**; ha lugar el recurso de casación del demandante; no ha lugar el recurso del demandado.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don C. A. F. reclama a una entidad aseguradora el importe resultante de sumar los salarios y comisiones que aquélla le debía por su trabajo como director de la sucursal de Alicante, la cantidad que le había entregado en concepto de préstamo y, por último, la devolución del precio de un inmueble. A su vez, la compañía aseguradora formula demanda reconventional en reclamación de cantidades de su propiedad que, según la misma, aquél había hecho suyas y que ya fueron objeto de un proceso penal que terminó con sentencia absolutoria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente, tanto el primero de los pedimentos de la demanda principal, como la demanda reconvenzional; sin embargo, desestima por falta de pruebas los dos segundos pedimentos de la demanda principal. La anterior sentencia es revocada parcialmente por la Audiencia Provincial. Posteriormente, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don C. A. F. y, en consecuencia, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad aseguradora. (*M. C. C. M.*)

6. Prescripción extintiva. Interrupción del plazo de prescripción de la acción en materia mercantil por efecto de la reclamación extrajudicial.—A pesar de las diferencias existentes entre el artículo 1973 CC y el artículo 944 CCO respecto a las causas impositivas de la prescripción de acciones, y, respecto a su diferente ámbito de aplicación, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo desde el año 1995 que el artículo 1973 CC resulta igualmente aplicable a los contratos mercantiles, lo que supone que sea causa impositiva de la prescripción extintiva de las acciones personales, la reclamación extrajudicial, no obstante el silencio del Código del Comercio en este sentido. La remisión efectuada por el artículo 943 CCO ha permitido entender que existe un régimen jurídico unitario de las causas de interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil. (**STS de 8 de marzo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Determinada entidad mercantil interpone demanda de reclamación de cantidad frente a tres aseguradoras, mediante la cual solicita la condena al abono de la cuantía de 70.113.914 pesetas, en proporción a la obligación de pago asumida por cada una de ellas, más intereses moratorios del 20 por 100. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta. La parte actora en la instancia interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma íntegramente los pronunciamientos de la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

NOTA.—Ha sido discutido por la doctrina científica si el artículo 944 CCO, relativo a las causas impositivas de la prescripción de las acciones en los contratos mercantiles, debido a sus especialidades técnico-jurídicas impide la aplicación de las causas de interrupción de la prescripción contenidas en el artículo 1973 CC a este tipo de contratos. Son claras las diferencias existentes entre ambos preceptos, puesto que, mientras el artículo 1973 CC permite la interrupción de la prescripción de las acciones mediante reclamación extrajudicial, el artículo 944 CCO no realiza alusión alguna al respecto.

Tal y como señala un sector importante de la doctrina, la diferente naturaleza de los contratos no supone que deban ignorarse la existencia de principios comunes del instituto, y que no deban respetarse las exigencias derivadas de la equidad y de la ética [Sobre este particular, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el CC y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2007]. En este sentido, es doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal

Supremo desde el año 1995, que la naturaleza mercantil del contrato celebrado no va a suponer que la reclamación extrajudicial como causa impeditiva de la prescripción de las acciones contenida en el artículo 1973 CC no sea aplicable igualmente a los contratos de naturaleza mercantil [SSTS de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9157), 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9769)]. El Tribunal Supremo señala como argumentos a favor del régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en el ámbito civil y mercantil los siguientes: *a)* la posterior fecha de promulgación y publicación CC, respecto CCO, abona la solución de integración al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al artículo 944 CCO; *b)* no existe razón que justifique la especialidad frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles; *c)* la discriminación infundada que resultaría de la aplicación de ambas normas si se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría atentar contra el principio constitucional de igualdad ante la Ley; *d)* la remisión del artículo 89 de la Ley Cambiaria y del Cheque al artículo 1973 CC [STS de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9157)]. (L. Z. G.).

DERECHO DE LA PERSONA

7. Derecho al honor. Concepto, protección e intromisión ilegítima.— En torno a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho al honor, su protección y el concepto legal de la intromisión ilegítima, puede precisarse:

– el derecho al honor es un concepto esencialmente relativo que deriva directamente y es expresión del concepto de dignidad de la persona, ambos protegidos constitucionalmente (arts. 18.1 y 10.1 CE); se ha definido así como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, de lo que se desprende el doble aspecto externo e interno o trascendencia e inmanencia;

– la protección del derecho al honor viene determinada por otros conceptos: si se trata de información de hechos, que no sea inveraz, y si se trata de expresión de opiniones, que no contenga epítetos injuriosos o descalificadores; que no medie consentimiento directo o indirecto del interesado; y la delimitación por la Ley, por los usos sociales, por decisión de la autoridad de acuerdo con las Leyes o por predominar un interés histórico, científico o cultural relevante;

– el concepto legal de la intromisión ilegítima viene determinado por la concurrencia de los presupuestos esenciales, que parten de la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor (a lo que anteriormente se añadía la divulgación), hasta llegar a la lesión de la dignidad de la persona.

No se precisa en la persona que ataca el derecho al honor (la que comete la intromisión ilegítima), la intención –dolo o culpa– de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume *iuris et de iure* (art. 9.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982) el perjuicio, al que corresponde la indemnización por el daño moral. La jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso

dolo o culpa en el atacante, desde las SSTs de 30 de marzo de 1988 y 16 de diciembre de 1988 hasta la más reciente de 4 de febrero de 1993, que dice: «... el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar».

Derecho al honor. Servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito.—Desde el punto de vista del ciudadano, no puede éste estar al albur de que otra persona con los mismos nombres y apellidos (algo más frecuente de lo que parece) incurra en auténtica «morosidad» y aquélla sufra injustas consecuencias; y desde el punto de vista de la empresa titular de los ficheros, no puede la misma escudarse en que simplemente recaba y facilita datos de personas, procedentes de una fuente oficial, sin la más mínima comprobación o diligencia acerca de si es la misma cuya información se pretende. En el caso analizado, la demandante ha visto atentada su dignidad personal, tanto en su aspecto interno, en sí misma, como en el externo, que ha provocado la denegación de un préstamo, por una información procedente de la sociedad demandada; de lo cual deriva la protección al derecho al honor, ya que la información era inveraz, en el sentido de que no era la misma persona y sin su consentimiento activo ni pasivo, ya que nunca tuvo ocasión de impugnar o corregir el dato incorrecto y sin que aquella información tenga protección legal; se da, pues, intromisión ilegítima, al haberse producido la imputación de hechos que han lesionado la dignidad de la demandante, por parte de la demandada, conforme define el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. De todo lo cual deriva la responsabilidad que, como se ha dicho, no se funda en dolo o culpa, sino que basta que se haya producido la intromisión ilegítima en el honor para que, objetivamente, se dé lugar a la misma. (**STS de 7 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad *A-E, SIC, S. L.*, es titular de dos ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: el fichero de información de crédito denominado A., que contiene datos, que suministra a sus asociados, que han sido proporcionados por aquellos acreedores cuyo deudor ha impagado o retrasado el pago de sus obligaciones («moroso»), y un fichero de incidencias judiciales y reclamaciones de organismos públicos, cuyos datos son recabados de fuentes accesibles al público.

Doña L. A. G. solicitó en diciembre de 1996 un préstamo a la entidad PSAC España, que le fue denegado por falta de solvencia, por razón de que en el fichero denominado A. constaba su condición de «morosa» como deudora de un préstamo que le había concedido el banco *C. España, S. A.*, pese a que tal préstamo estaba ya extinguido por estar totalmente pagado, y en el segundo de los ficheros constaba como incurso en un expediente de apremio por la cantidad de 18.439.914 pesetas, cuyo expediente venía referido a persona con los mismos nombres y apellidos y distinto domicilio, que nada tenía que ver con doña L. A. G.

Doña L. A. G. interpuso demanda en protección del derecho al honor, que es desestimada en primera instancia y estimada en segunda por la Audiencia Provincial respecto al fichero de incidencias judiciales. La sociedad A-E interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

8. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—«La libertad de expresión, cuyo objeto es la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, incluye la crítica de la conducta de otra persona, aun cuando sea desabrida y pueda molestar a la misma». (STS de 7 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre protección del derecho al honor, mediante la cual solicita se dicte sentencia por la que se declare que el texto aparecido en una circular de un club de golf constituye una difamación respecto de su persona, y que, por tanto, la parte demandada debe ser condenada a la rectificación de la declaración realizada, así como a una indemnización por lucro cesante, a la que habría que añadir una indemnización por daños morales. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman las pretensiones de la parte actora en la instancia, y posterior recurrente, al considerar que las expresiones divulgadas no tienen la consideración de difamatorias. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que en los supuestos de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión será prevalente este último, siempre y cuando se trate de una noticia de cierta relevancia, a la vez que veraz. Si por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión resultan afectados otros derechos, es necesario realizar un juicio de valor en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar si la conducta está justificada por ser acorde al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Deberá atenderse, por tanto, a aspectos tales como la relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público sobre el que se emite la crítica u opinión o su contribución o no a la formación de una opinión pública libre [SSTC de 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007/235), 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/160), 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/49), 17 de enero de 2000 (RTC 2000/11), 25 de noviembre de 1997 (RTC 1997, 204)]. En esta línea, considera el Tribunal Supremo que para que prevalezca el derecho a la información ésta tiene que ser veraz, comprobada y contrastada, e ir referida a asuntos de relevancia pública y de interés general por la materia en sí y las personas a las que va referida. El derecho a informar se verá disminuido esencialmente si no va referido a personalidades públicas [STS de 11 de junio de 2003 (RJ 2003/563)].

Por otra parte, al realizar el juicio de valor necesario no debe olvidarse que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión incluye no sólo la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, sino también la exposición de una forma crítica de las conductas realizadas por otra persona, siempre que no comprendan expresiones injuriosas, ultrajantes, ofensivas o innecesarias para la crítica que se formula, aunque resulte molesta para la persona que ha recibido la crítica [SSTC de 21 de enero de 1988 (RTC 1988/6), 16 de marzo de 1989 (RTC 1989/59), 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990/171), 19 de abril de 1993 (RTC 1991/123), 22 de mayo de 1995 (RTC 1995/76), 25 de noviembre de 1997 (RTC 1997/204),

25 de octubre de 1999 (RTC 1999/192), 17 de enero de 2000 (RTC 2000/6), 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/49), 15 de octubre de 2001 (RTC 2001/204), 28 de enero de 2002 (RTC 2002/20)]. De este modo, la libertad de expresión comprende la manifestación de opiniones libremente, sin censuras ni cortapisas, lo que no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios. (*L. Z. G.*)

9. Responsabilidad solidaria de autores, directores y editores en las demandas sobre los derechos al honor y a la intimidad por aplicación de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966.—Es doctrina constante de esta Sala la que establece la responsabilidad solidaria de autores, directores y editores para las cuestiones debatidas en relación a las demandas sobre el honor y la intimidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, ley que aunque preconstitucional es perfectamente asumible y aplicable, según se determina en la STC de 7 de marzo de 1988, y así se recoge en la sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 1988, cuando en ella se dice que: «El artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, establece la responsabilidad solidaria del autor, editor y director careciendo de relevancia por ello que la demanda se dirija únicamente contra uno de ellos, o contra dos o tres de los mismos. Siendo clara la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto a este extremo a partir de la sentencia dictada con fecha 7 de marzo de 1988, que resuelve la posibilidad planteada con respecto a la posible inconstitucionalidad del citado artículo, puesto que establece textualmente: “El precepto que se dice infringido (art. 65.2 LPI) en el que se establece la responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, tampoco puede estimarse derogado tácitamente ya que ni contradice el espíritu de la Constitución, ni coarta el derecho de libertad de información y comunicación, sino que contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, la relativa a la determinación de las consecuencias que pueden derivar del mal uso del referido Derecho Fundamental, estableciendo a tales efectos una consecuencia jurídica lógica, la responsabilidad solidaria de quienes ocupan las posiciones en dicho precepto y número indicados”.»

Predominio del derecho al honor y a la intimidad personal frente al derecho a la información.—Este motivo que recae sobre el núcleo duro de la actual contienda judicial debe seguir la misma suerte desestimatoria que sus antecesores.

Y así es, porque suscribiendo absolutamente lo manifestado por el Ministerio Fiscal, que afirma que en el año 1990, la fecha de publicación de la revista resultaba incontrolado que la atribución a una persona de la afectación del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) no sólo implicaba la imputación de una enfermedad que generaba una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones tan reprobables como desgraciadamente reales de marginación para muchas de sus víctimas (STC 20/1992), sino también, porque por sus causas y vías de propagación entonces conocidas, y ahora suponía, ya superadas en la mayoría de los casos, una grave descalificación moral para quien la padeciera. Por ello, acierta la sentencia que se recurre al afirmar que sin perjuicio de poder implicar un atentado a la intimidad de los afectados, dada la gran carga desvalorativa que conlleva la divulgación de ese sufrimiento, supera la mera infracción del derecho a la

intimididad para constituir también un atentado al derecho al honor, por cuanto supone un desmerecimiento en la consideración ajena.

De esta manera, la Sala de instancia correctamente, a nuestro juicio, delimita el objeto del pleito como una colisión entre dos derechos fundamentales, el honor de la demandante y la libertad de información del demandado.

Así planteado, la valoración ponderativa efectuada por la sentencia que se recurre, la consideramos irreprochable, dado que: 1.º) Se ha difundido una información sobre un padecimiento de la actora que no guarda relación alguna con su faceta de actriz; 2.º) No ha quedado probado que la afectada haya consentido en la revelación de ese dato íntimo ni que con su actuación haya podido dar pie a su exteriorización, por el contrario, la información controvertida, según el relato que se hace en reportaje, se obtuvo accediendo a datos reservados y confidenciales, incluso bajo clave secreta, lo que aleja cualquier atisbo de complicidad de consentimiento implícito en la divulgación, que suponga la necesidad de ser soportada; 3.º) El tratamiento informativo dado por la revista tiene que ver con el sensacionalismo y con la satisfacción de la curiosidad morbosa y no propiamente con un pretendido interés de información general; 4.º) La revista T. no se ha limitado a reproducir la noticia aparecida en otros medios, sino que se involucra plenamente en la información, explayándose en ella a través de un tratamiento extenso y detallado, además de sensacionalista, ...; y con una invocada labor de investigación propia acceso a fuentes hospitalarias de la planta de inmunodeficientes. Por lo que T. no es el vehículo objetivo e imparcial de la noticia creada por otros, sino que incide en su creación y en la valoración negativa que para la persona de su protagonista representa la difusión.

De esta manera la Sala de instancia, dado los hechos declarados probados, ha ponderado razonablemente todos los aspectos que deben ser tomados en consideración, pues partiendo de la base de que ninguno de los derechos en conflicto debe ser valorado como absoluto, ha delimitado correctamente el tipo de libertad ejercitada por el demandado (libertad de información) para concluir que no se dan los requisitos y condiciones de su prevalencia respecto del derecho al honor que ampara a la demandante.

Y ello es así, porque: 1.º) No se ha divulgado una información escueta y ajena toda glosa, comentario o apreciación subjetiva (STC 20/1992), sino que se han introducido elementos valorativos gravemente escandalosos para la actora a la que se hace responsable de provocar el pánico entre los famosos o de resucitar el miedo al SIDA entre sus compañeros de profesión; 2.º) No se ha presentado como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado (SSTC 32/1993, 336/1996, 41/1994, 190/1996) sino que, como explica la Sala de instancia ha sido reelaborada y formulada violentando, incluso secretos sanitarios lo que, además determina la exclusión de cualquier atisbo de interés general de lo difundido pues si se aceptara la validez de una actividad de esa naturaleza se contribuiría al favorecimiento de la violación del secreto profesional que vincula al personal hospitalario, y el quebrantamiento de ese deber, jamás estaría justificado (SSTC 6/1988 y 141/1991); 3.º) Se ha valorado el principio de proporcionalidad (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 138/1989, 178/1989, y 154/1990) pues es poco comprensible, según los cánones imperantes en nuestra sociedad, que pudiera aceptarse como justificada una intromisión en un derecho fundamental fundada en resaltar determinados aspectos de la vida de una persona que

sólo pueden tener un interés morboso –como ya se ha dicho– y que nada aportan a la formación coherente de la opinión pública.

Consecuentemente, todas las alegaciones efectuadas por el recurrente o carecen de virtualidad jurídica alguna en cuanto a la configuración de los respectivos requisitos (interés público de lo publicado y veracidad de la noticia) o hacen cuestión de los hechos declarados probados en la sentencia (en cuanto la afectada ni directa ni indirectamente ha aceptado la divulgación de sus posibles padecimientos). (**STS de 9 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–La revista T. publicó en su portada y con grandes titulares «El SIDA de A. Pánico entre los famosos». Al fondo aparecía una fotografía de A. a toda página. En el interior se ampliaba la noticia con frases como «el fantasma del SIDA ronda de nuevo sobre los famosos españoles tras hacerse público que A. sufre la fatal enfermedad». A. demanda al autor del artículo y a la editora de la revista. El Juzgado estimó la reclamación por daños morales en su integridad. La Audiencia acogió parcialmente la apelación de los demandados rebajando notablemente el monto de la indemnización. Pero éstos, disconformes, recurren en casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (*R. G. S.*)

10. Derecho al honor y propia imagen versus derecho a la libertad de información: el derecho de rectificación.–En el conflicto entre los derechos constitucionales al honor y la propia imagen y la libertad de información, la jurisprudencia suele decantarse a favor del primero, sobre todo en los casos que afecten a cargos públicos o políticos. Los límites de esa preferencia también los ha indicado la propia jurisprudencia del Supremo y del Constitucional, en el sentido de que la información ha de ser veraz y debidamente contrastada, por lo que no deben emplearse expresiones inherentes o injuriosas, que sean redundantes y que no sirvan para transmitir información al público; es decir, no existe un «derecho al insulto». A su vez, el Tribunal Supremo afirma que el derecho de rectificación permite «borrar la mala (en términos no absolutos) información anterior». Por lo tanto, no es posible presumir que la intención de quien ejercita un derecho de rectificación es que, a pesar de su ejercicio, lo que en realidad siempre se pretende es dejar subliminalmente el impacto mediático de la noticia rectificadora, aunque luego ésta se desmienta o disminuya su alcance. (**STS de 15 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de Cuesta Cascajares.]

HECHOS.–Don S. C. R., concejal de un Ayuntamiento de una localidad manchega interpone demanda contra don A. C. S., Alcalde del municipio y contra otros cuatro concejales pertenecientes a una formación política contraria a la del demandante. El demandante considera que el contenido de una nota de prensa del partido de la oposición vulnera su derecho al honor, ya que tras dar cuenta de la existencia de una confrontación política sobre el coste de unas obras municipales y su beneficio para el subcontratista, en dicha nota, se insinúa el posible aprovechamiento político de los militantes del partido del que don S. forma parte, tanto para la fijación del coste de las obras, como para la elección del subcontratista.

El Juzgado de Primera Instancia, tras abordar el contenido de la nota de prensa, no considera que ésta suponga una intromisión ilegítima, ni por su contenido, ni por los datos que ofrece. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia entiende que en las alegaciones de la nota sí que había existido una intención de perjudicar al actor, aunque sólo respecto a la información relativa a la cuantía recibida por la realización de las obras municipales. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (S. E. M.)

11. Derecho a la propia imagen: concepto de caricatura.—Respecto al concepto de caricatura, aunque su primera acepción se limita a los dibujos satíricos, lo cierto es que a los efectos de la Ley Orgánica 1/1982 y de acuerdo con la realidad social actual, nada impide que junto a los dibujos también las composiciones o montajes fotográficos puedan ser calificadas como caricaturas. No obstante, el Tribunal Supremo afirma que esto no significa que por la difusión y popularización de las técnicas de fotomontaje se disminuya la protección del derecho fundamental a la propia imagen, es decir, la facilidad técnica para dañar ilegítimamente el derecho de las personas a la propia imagen y la correlativa frecuencia de la intromisión en este derecho, no son factores que por sí mismo legitimen estas intromisiones. Igualmente, la caricatura quedaría legitimada si se le pudiera atribuir un uso social, pero cuando el objetivo de la misma sea sólo satisfacer una curiosidad malsana de los potenciales lectores de una revista, en ningún caso, esto está dentro de los márgenes del uso social contemplado en la mencionada Ley orgánica [arts. 2.1 y 8.2.b)]. Finalmente, en materia de protección del derecho fundamental a la propia imagen, la jurisprudencia es muy rigurosa al considerar ilegítima la publicación no consentida de la imagen de una persona desnuda o semidesnuda, incluso cuando se trate de un personaje público y aun cuando hubiera mediado consentimiento para la mera captación de la misma. Esto se debe a que el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable (entre otras, SSTS de 6 y 28 de mayo y 25 de noviembre de 2002 y 7 y 12 de julio y 25 de octubre de 2004).

Libertad de expresión: límites.—Si bien es cierto que en el género humorístico, jocoso o burlón no es exigible cumplir el requisito de la veracidad de lo publicado, esto no significa que quede legitimado cualquier contenido al amparo de la libertad de expresión (STS de 14 de abril de 2000). Tal y como afirma el Tribunal Constitucional, los límites del derecho a la libertad de expresión son más amplios que los de la libertad de información, pero esta primera también tiene límites, entre ellos, la protección del derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen del personaje que se ridiculiza [art. 8.2.b) Ley Orgánica 1/1982]. (STS de 7 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña I. I. P. interpone demanda contra el director de la revista *Noticias del Mundo* y la sociedad editora H. F. Revistas, solicitando que se declare la intromisión ilegítima en su imagen. En la citada revista se había publicado una fotografía de la que se decía era una persona parecida a doña I., cuando, en realidad, era una composición fotográfica ilegal donde aparecía la cabeza real de la demandante y el cuerpo desnudo de otra persona.

El Juzgado de Primera Instancia, tras una cuestión de competencia por declinatoria de jurisdicción, estima parcialmente la demanda y declara que el reportaje publicado constituye una intromisión ilegítima en la imagen de la demandante. La actora y la sociedad demandada interponen sendos recursos de apelación, la Audiencia desestima el interpuesto por la demandada y estima el interpuesto por la demandante. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil demandada. (S. E. M.)

12. Información veraz.—[...] esta Sala, en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional, tiene declarado que información veraz significa información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (SS de 30 de junio y 2, 7, 14 y 19 de julio de 2004, entre otras) y que el requisito de la veracidad de la información [la protección constitucional se dispensa a las opiniones «veraces», no sólo a las objetivamente verdaderas, como se desprende del propio texto del art. 20.1.d)] CE –STC 297/200 (*sic*), 11 diciembre– no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, porque no es preciso que la verdad sea absoluta sino como resultado de una diligente búsqueda que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC de 25 de febrero y 25 de mayo de 2002 y 15 de septiembre de 2003 y SSTS de 6 y 9 julio y 2 de septiembre de 2004, entre otras).

Libertad de información.—El artículo periodístico está dentro de los márgenes de ejercicio de la libertad de información, porque la información transmitida era de interés general y cumplió con el deber de contraste con una fuente fiable, en este caso la policial. Y al respecto tiene declarado el Tribunal Constitucional (entre otras STC 21/2000, 31 de enero y 126/2003, de 30 de junio) que «puede que la información resulte inexacta, pero la rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurre en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado». (STS de 9 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El propietario de una imprenta demanda a un periódico local exigiéndole indemnización por los daños y perjuicios inferidos a través de un reportaje en el que se la implicaba en una red de venta de cupones ilegales a «beneficio» de una asociación de minusválidos. El Juzgado desestimó la pretensión de la actora y la Audiencia acogió en parte la apelación condenando a la demandada a indemnizar a la demandante en cuantía menor a la por ésta solicitada. Ha lugar al recurso de casación que interpone el periódico. (R. G. S.)

13. Asociación cultural-recreativa. Expulsión de un socio: legitimación activa de éste para reclamar tal condición.—La titularidad de un derecho o situación jurídica coherente con el resultado jurídico pretendido en la *petitum* de la demanda, no es cuestión de legitimación sino del fondo, por tanto, resulta obvio que quien afirma la condición de socio de una asociación,

para pretender la declaración de nulidad de un acuerdo social que le niega tal condición, tenga legitimación para interponer la acción.

Doctrina de los propios actos.—La condición de socio de la asociación cultural-recreativa por parte del actor se extrae de la constancia de su alta como socio, de su inscripción en el libro de socios, de los recibos acreditativos del pago de las cuotas sociales y de la entrega de la tarjeta magnética para su entrada en las dependencias del Centro. Situación prolongada durante dos años. (STS de 30 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández].

HECHOS.—En el presente caso se afirma por el actor su condición de socio de una Asociación Cultural y Recreativa, y se pretende la declaración de nulidad de un acuerdo social que le niega tal condición. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y estima parcialmente la demanda, al declarar la nulidad del acuerdo en que se deja de reconocer como socio al actor y al decidir que éste posee la condición de socio de tal entidad. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación que interpuso la asociación demandada. (I. D.-L.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Posible destrucción de la presunción legal contenida en el artículo 1277 CC.—«La presunción legal que establece el artículo 1277 CC a favor de la existencia y licitud de la causa en los negocios jurídicos y que exonera a los favorecidos por ella, puede ser destruida por la prueba en contrario incluso a través de manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos o por medio de meras presunciones que lleven al Juzgador a la convicción de la falta de seriedad del contrato y a la ausencia en el mismo del esencial requisito de la causa» (FJ 3.º, STS de 6 de abril de 2006).

Nulidad del negocio concertado. Prohibición de comprar bienes litigiosos.—«Para que la prohibición de comprar bienes litigiosos contenida en el artículo 1459.5.3 CC pueda provocar la nulidad del negocio concertado, es indispensable no sólo que las cosas y derechos sobre que recaiga “fueran objeto de un litigio” en que el comprador “intervenga por razón de su profesión”, sino también, que aquella contienda judicial y esta intervención existan precisamente en el momento de celebrarse el contrato y no en otro posterior y que la actuación del Letrado en el proceso no obedezca a la defensa de sus propios intereses, sino a la de alguno de sus contendientes». (STS de 6 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Por la parte actora se formula demanda de acción de nulidad contractual por simulación absoluta por falta de causa por ser ésta ilícita e inexistente en los contratos de compraventa celebrados el 23 de julio de 1990 sobre las fincas objeto de litigio. El demandante solicita tanto la nulidad de pleno derecho de la compraventa por simulación absoluta, como la nulidad de todos los asientos registrales que se hubieran efectuado a favor de uno de los demandados, sin perjuicio de los derechos adquirentes de buena fe

y a título oneroso que han inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. A su vez, la parte actora solicita que, teniendo en cuenta que la citada finca se encuentra actualmente gravada con hipoteca, y dicha carga no puede tener efectos contra terceros, se condene al citado demandado al pago del principal e intereses pendientes de dicha hipoteca, más el importe de los gastos necesarios para la cancelación de la misma. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por la actora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima el citado recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés: en primer lugar, la cuestión relativa al tipo de presunción contenida en el artículo 1277 CC y, en segundo lugar, la cuestión relativa a las prohibiciones de adquisición por compra contenidas en el artículo 1459 CC, y, más concretamente, la prohibición impuesta a los Letrados de adquirir bienes o derechos que fueran objeto de un litigio en el que intervengan por su profesión.

El artículo 1277 CC establece una presunción de existencia y licitud de la causa en todo contrato, aunque las partes contratantes no hagan referencia alguna a la misma de manera expresa, exonerando así a los favorecidos por ella de la carga de la prueba. En cuanto al tipo de presunción contenida en este precepto, es doctrina jurisprudencial reiterada que la presunción que establece el artículo 1277 CC es una presunción *iuris tantum*, puesto que permite que pueda ser destruida si el deudor prueba lo contrario, ya sea a través de los medios de prueba contenidos en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, o a través de manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos o de meras presunciones que lleven a la convicción del Juzgador la falta de seriedad del contrato [SSTS de 25 de junio de 1969 (RJ 1969/3641), 20 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6968), 26 de febrero de 1987 (RJ 1987/740), 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990/8957), 4 de junio de 1993 (RJ 1993/5260), 23 de febrero de 2005 (RJ 2005/1694), 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006/264)].

Directamente relacionado con el tema de la presunción de existencia y licitud de la causa en los contratos, se plantea la posible nulidad del negocio celebrado por simulación absoluta al haber podido incurrir las partes contratantes en la prohibición contenida en el artículo 1459.5.3 CC. En relación a la prohibición de adquirir bienes litigiosos impuesta a los abogados y Procuradores considera el Supremo que para que esta prohibición pueda provocar la nulidad del negocio concertado, es necesario no sólo que las cosas y derechos sobre que recaiga fueran objeto de un litigio en el que el comprador intervenga por razón de su profesión, sino que también resulta imprescindible que esta intervención tenga lugar en el momento de celebrarse el contrato y no en un momento posterior. A ello se suma que la actuación del abogado en el proceso obedezca a la defensa de intereses de sus contendientes. La ratio de este precepto radica en la posibilidad de cometer abusos. Esta prohibición comprendería no sólo comprar, sino también adquirir por cesión, con algunas excepciones [Sobre este particular, *vid.* GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1459 CC», *Comentarios al CC y*

Compilaciones forales (Coor. Albaladejo y Díaz Alabart), tomo XIX, Madrid, 1991, pp. 154-159]. (L. Z. G.).

15. Estipulación a favor de tercero.—El contrato con estipulación a favor de tercero es aquel contrato que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que no ha tomado parte en su conclusión. El hecho de que los fiadores puedan verse afectados por el incumplimiento del comprador al no destinar el precio de la venta a cancelar el préstamo no implica que exista estipulación a favor de los mismos.

Contrato de fianza.—«La S de 23 de marzo de 2000 decidió que no se produce subrogación a favor de la hipotecante por deuda ajena que reclamaba contra los fiadores solidarios de la deudora y contra la propia entidad deudora, puesto que no la consideró un “tercero” en sentido propio, sino que estaba obligada al pago, y por ello no era de aplicación el artículo 1212 CC. En el supuesto de la S de 29 de noviembre de 1997 reclama uno de los fiadores solidarios, que además es hipotecante, frente a otros cofiadores, que se habían adjudicado la finca en la subasta; la acción prospera por su cuota parte, en base al artículo 1145 en relación con el 1822.2.º CC» (FD. 4.º). (STS de 9 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Inmobiliaria Dezga, S. A.*, vendió a *Cuatrorruedas, S. A.*, una nave industrial hipotecada en garantía de un préstamo. La finca que se transmite sólo responde de ciento cuarenta y cinco millones de pesetas de principal y para garantía del resto del préstamo, en el que se subroga la sociedad *Cuatrorruedas, S. A.*, existen también otras dos hipotecas constituidas por deuda ajena por los cónyuges don Manuel y doña Sara, quienes también garantizaban solidariamente, como avalistas, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por *Inmobiliaria Dezga, S. A.*, frente al Banco. *Cuatrorruedas, S. A.*, no atendió el pago de los plazos de la hipoteca y el Banco acreedor ejecutó las garantías reales. *Inmobiliaria Dezga, S. A.*, requirió de pago y resolución a *Cuatrorruedas, S. A.* Don Manuel acudió a las subastas de los inmuebles que él y su esposa habían hipotecado, en lo que tuvo que invertir 10.900.000 pesetas y 28.100.000 pesetas. El propio Banco acreedor se adjudicó la nave industrial objeto de compraventa, y de la hipoteca que la gravaba, por 141.450.000 pesetas en subasta.

Inmobiliaria Dezga, S. A., don Manuel y doña Sara promovieron juicio de mayor cuantía contra *Cuatrorruedas, S. A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia. En la demanda solicitaban que se dictara sentencia por la cual se declarara la resolución del contrato de compraventa celebrado entre *Inmobiliaria Dezga, S. A.*, y *Cuatrorruedas, S. A.*, referido a una nave industrial, por incumplimiento del contrato por parte de la demandada, y que se condenara a ésta a reintegrar a la actora *Inmobiliaria Dezga, S. A.*, la finca objeto del contrato y al pago a los actores de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que el pacto de cancelar el préstamo contraído por la demandada beneficiaba

claramente a don Manuel y a doña Sara teniendo los caracteres propios de estipulación a favor de terceros del párrafo 2.º del artículo 1257 CC y por ello quedaron legitimados para reclamar por consecuencia del incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la demandada a abonar al matrimonio treinta y nueve millones de pesetas.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia y absolvió a la demandada por considerar que el matrimonio no tuvo legitimación por actuar como meros representantes legales de la inmobiliaria y no en nombre propio y carecer el contrato de estipulación a favor de tercero.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que dada la generalidad de su contenido, el artículo 1101 CC, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, por sí solo, para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene, a no ser que se armonice con los más específicos que, para cada uno de los supuestos a que se refiere, contiene el CC (SSTS de 19 de noviembre de 1996, 29 de septiembre de 1997, 6 de octubre de 1995, 20 de noviembre de 1987, 30 de enero de 1993, entre otras muchas). (*M. C. L. J.*)

16. Contrato para persona que se designará. Admisión de la categoría en el Derecho español.—El contrato formalizado mediante escritura pública pertenece a uno de los que la doctrina de esta Sala (STS de 20 de abril de 2004), siguiendo a la doctrina científica, comprende en un grupo de contratos afines, al que se denomina con la rúbrica general de la «transmisión o traspaso de alguno de los sujetos iniciales de la relación jurídica negocial», recogido sistematizadamente por la doctrina y la legislación italianas, y que en el Código civil español aparecen más desperdigados, y que serían la «cesión de créditos», la «asunción de deudas», el llamado «contrato para persona que se designará» y el de «cesión del contrato». El contrato aplicable al presente caso sería el tercero de ellos. Una figura concreta de ese contrato «para persona que se designará» lo sería en el Derecho común español la de la «cesión del remate» en las subastas públicas, recogida en el artículo 1499 LECiv de 1881; y la misma se da también, conforme a la previsión general de la variedad permitida de figuras de la contratación, en cuanto es normal y usual la previsión en el contrato privado de adquisición de viviendas en construcción, preliminar de que en la escritura pública definitiva de compraventa, pueda figurar un tercero como comprador, a designar por aquél que en el primer contrato figure como tal; situación que se repite, y es inicial, en la compraventa de vehículos de motor, formando como parte del precio a pagar la entrega del vehículo usado del adquirente, que se escrituraría, en definitiva, a favor de la persona que ésta designe.

Contrato para persona que se designará. Finalidad transmisiva. Facultad de cambio subjetivo implícita en el contrato.—Este contrato explica claramente lo ocurrido en el presente caso, y es una de las formas que la costumbre y la Ley han autorizado, por motivos eminentemente prácticos, de abaratamiento, y consiguiente facilitación, por su finalidad propiamente social, de la transmisión y con el fin de evitar gastos e impuestos que deriva-

rían de una doble transmisión. En el presente caso, prevista (implícita o presuntamente) la facultad de designación de tercero, o no, y con independencia de que su usualidad es aceptada por las promotoras-vendedoras de viviendas, esa facultad estaría reconocida como existente, por el solo hecho de verificarse el cambio subjetivo al momento del otorgamiento de la escritura pública.

Pago por tercero. Efectos liberadores para el deudor.—La virtualidad o justificación jurídica del pago hecho para realizar la compra en este supuesto, vendría amparada en la figura del «pago por tercero» de la deuda, como liberador para el adquirente frente al transmitente, del artículo 1158 CC, bien lo consienta y lo conozca, o no, el deudor por compra. Pago que no requiere, pues, de justificación causal alguna, sin perjuicio de las acciones que puedan proceder entre el tercero pagador y aquél, sobre la base de dicho precepto. (STS de 9 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Los esposos J. M. y M. C. suscribieron un documento privado de compraventa de un piso en construcción, pagando por ello parte del precio a la vendedora, la mercantil R., S. A.. Posteriormente, a la entrega de la vivienda, la parte final del precio fue entregada por la hija de los iniciales compradores junto con el marido de ésta, quienes además concurrieron al otorgamiento de la escritura pública de compraventa figurando como compradores y, por tanto, como dueños del inmueble objeto del contrato, posesionándose además del inmueble en cuestión. Unos años después, ya separados judicialmente la hija y el yerno de J. M., este último interpuso demanda civil solicitando se declarara la nulidad de la escritura pública de compraventa y de los asientos registrales subsiguientes, por considerar que no hubo transmisión de la propiedad de la finca y, subsidiariamente, por encubrir aquella compraventa una verdadera donación que sería nula por infringir el requisito del otorgamiento de escritura pública, el cual no podía ser subsanado por el otorgamiento de la escritura de compraventa que encubría el verdadero negocio. La hija del actor se allanó a la pretensión de su progenitor. El yerno, sin embargo, se opuso alegando la adquisición del dominio del bien. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona negó que existiese simulación ni tampoco donación del actor a los demandados; por el contrario apreció la existencia de un contrato fiduciario, en el que estaría incluida la obligación de retorno de la propiedad al dueño real y, por consiguiente, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad de las escrituras de compraventa de la vivienda litigiosa y de las inscripciones registrales que traían causa de aquélla, declarando la validez del primitivo contrato privado de compraventa y condenando a la empresa vendedora a otorgar escritura de venta a favor de J. M. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (L.-A. P. M.)

17. Compensación.—El Tribunal Supremo señala que una cosa es que la llamada compensación judicial pueda decretarse aunque la liquidación o determinación del importe de cada uno de los créditos a compensar quede para la ejecución de sentencia (en este sentido, SSTS de 24 de octubre

de 1985 y 2 de febrero de 1989) y otra distinta es que deba aceptarse una compensación absolutamente incierta en cuanto a la determinación de los créditos favorables a una y otra parte, en la que no concurren créditos y títulos recíprocos y, por tanto, no existe la doble consideración de acreedor y deudor por derecho propio, como exigen los artículos 1195 y 1196 CC.

Litisconsorcio pasivo necesario: finalidad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda en la presente sentencia que la figura del litisconsorcio pasivo necesario intenta evitar, por una parte, que personas que no fueron oídas en juicio puedan resultar afectadas directamente por una resolución judicial y, por otra, intenta impedir que existan sentencias contradictorias. (STS de 8 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El 2 de julio de 1992 los representantes legales de las entidades *AHA, S. A.*, y *EAV, S. A.*, pactaron crear tres sociedades (*S, S. L.*; *RB, S. A.*; y *D, S. L.*). En la citada fecha, *AHA, S. A.*, cedió todos sus derechos derivados del arrendamiento de bares y restaurantes del *Complejo Romana Playa* a la entidad *S, S. L.*, y los derechos de explotación de los apartamentos a la entidad *D, S. L.*

La entidad *AHA, S. A.*, interpone una demanda contra *EAV, S. A.*, solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado al pago de 53.299.970 pesetas.

La demandada contesta a la demanda y formula una demanda reconventional, solicitando se dicte una sentencia por la que se declare, entre otras cosas, las siguientes: *a)* que la entidad *EAV, S. A.*, tiene derecho al 47,50 por 100 de los beneficios que el *Complejo Romana Playa* haya supuesto para la entidad *AHA, S. A.*, desde el 23 de julio de 1991 hasta el 31 de enero de 1993; *b)* que la entidad *AHA, S. A.*, debe aportar la documentación contable a la compañía auditora *IB, S. A.*, para que pueda calcularse el balance de explotación del citado periodo; y *c)* que las citadas cantidades pueden compensarse, en el caso de que *AHA, S. A.*, resulte acreedora de la entidad *EAV, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estima parcialmente la demanda reconventional, condenando a la entidad *AHA, S. A.*, a entregar la documentación contable a la compañía auditora *IB, S. A.* Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia apelada y estima parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*M. J. P. G.*)

18. Compensación de deudas: no procede en el caso de imposiciones bancarias a plazo antes de su vencimiento. Modulación del automatismo de la compensación.—Sostiene la recurrente, con apoyo en la S de 19 de septiembre de 1997, que el hecho de no haber llegado a vencer los plazos de las tres imposiciones no constituía obstáculo para que se produjera la compensación legal (primer submotivo). Y añade, subsidiariamente, que cuando la demanda fue interpuesta ya habían vencido los referidos plazos.

El artículo 1196 CC, para que proceda la compensación o neutralización de dos obligaciones en la cantidad concurrente, exige, entre otros requisitos, que ambas estén vencidas (apartado 3.º) y sean exigibles (apartado 4.º). Es preciso, en definitiva, que los dos acreedores puedan reclamar al respectivo deudor su cumplimiento, lo que, en el supuesto de que se trate de deudas a plazo, no cabe mientras éste no haya vencido (art. 1125 CC y SS de 25 de junio de 1962, 31 de enero de 1978, 21 de noviembre de 1978 y 30 de marzo de 1988), a no ser que se hubiera establecido (en contra de lo que es regla general: art. 1127 CC) en beneficio de quien opone la compensación y puede renunciar a él.

La Audiencia Provincial, tras interpretar los contratos de depósito y fianza (dándoles un significado jurídicamente relevante que la recurrente expresamente respeta y que, en todo caso, habría que respetar, como regla: SS de 23 y 27 de mayo y 21 de septiembre de 2005), declaró que la autorización dada por la fiadora a la acreedora para compensar su crédito con sus deudas contabilizadas «en cualquiera de las cuentas» de aquélla no comprendía las imposiciones litigiosas, de modo que para éstas seguía vigente la cláusula según la que el plazo se había convenido «expresamente en beneficio de las dos partes contratantes» y la previsión de que «la cantidad depositada no podrá ser devuelta antes de su vencimiento».

Hay que entender, por tanto, que, como la depositaria neutralizó las deudas antes de haber vencido los plazos de las imposiciones y como éstos no se habían establecido en su beneficio, la compensación no podía producirse, ya que para ello era preciso que llegaran los días de vencimiento, tal como exige el artículo 1196, apartados 3.º y 4.º, CC.

No es contraria a esta conclusión la S de 19 de septiembre de 1987, citada por la recurrente, por más que en ella se hubiera admitido la compensación de deudas respecto de una imposición a plazo. En dicha sentencia esta Sala, tras referirse a la naturaleza del depósito de dinero: (... *existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo también mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente, los elementos típicos del depósito –restitución de la cosa cuando le sea pedida, art. 1766 CC– y se acentúan los del préstamo –recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto–. De lo expuesto se desprende sin género de dudas, que el importe de las imposiciones a plazo fijo constituidas... pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a una suma igual...*), admitió la posibilidad de la compensación, pero por razón de no ser aplicables los artículos 1200 (...*el problema que se planteó en la instancia y que es traído a este recurso, es el relativo a si se produjo o no una compensación de los respectivos créditos y deudas por imperio de la ley, y por tanto, si cuando se constituyó el derecho de prenda ya no existía el derecho de crédito... por haberse extinguido por dicha compensación...; el artículo 1200 CC dispone que la compensación no procede cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, argumento inaceptable porque, como se ha dicho, en el supuesto de depósito irregular de dinero o*

cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado para el dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo derecho que en las imposiciones a plazo fijo sólo nacen cuando llega el día señalado) y 1196.5.º CC (... establece que para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguno de los créditos o deudas exista retención o contienda promovida por tercera persona y notificada oportunamente al deudor; retención, custodia que presupone la existencia de un litigio en el que el deudor se convierte en depositario judicial hasta el fin de la litis, supuesto que no es el de este recurso en cuanto que al tiempo de constituirse las imposiciones a plazo no existía sobre ellas retención o contienda judicial...).

Como segundo submotivo la recurrente también afirma que cuando interpuso la demanda, luego admitida, los plazos de las imposiciones ya habían vencido, de modo que en ese momento, por concurrir ya todos los requisitos para la compensación, procedía entenderla producida por virtud de lo dispuesto en el artículo 1202 CC, a cuyo tenor el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores.

El artículo 12.2 CC siguió el precedente que representaba el artículo 1123 del Proyecto de 1851 y, al fin, el modelo francés (el art. 1290 del *Code* dispone que *la compensation s'opere de plein droit par la seule force de la loi*), que igualmente había seguido el Código italiano de 1865 (art. 1286, todos ellos tras lo dispuesto en el Codex (4.31.14: *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus...*)).

Como declaramos en la S de 15 de febrero de 2005, el automatismo de la compensación que el artículo 1202 establece constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, mas no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Exigencia ésta de declaración que deriva del principio dispositivo rector del proceso civil y es reflejo del poder de disposición que sobre el derecho subjetivo a que se refiere es reconocido a las partes y que fue expresamente impuesta en otros textos europeos, como el BGB (el parágrafo 388 condiciona la compensación a la declaración de la parte interesada dirigida a la otra), el CC portugués (que exige para que la compensación sea efectiva la declaración de *uma das partes a outra*) y, con matices, el italiano de 1942 (cuyo art. 1242 excluye la posibilidad de que el Juez la aplique de oficio).

Cumplida esa exigencia en el caso y concurrentes todos los requisitos de la compensación establecidos en los artículos 1195 y 1196 CC cuando las tres imposiciones finalmente vencieron, debe entenderse producida en ese momento la extinción de las deudas en la cantidad concurrente. Lo que para impedir el doble pago, implica desestimar la demanda, salvo en el punto relativo a los intereses, ya que se siguieron produciendo hasta que los plazos quedaron cumplidos, alterando su devengo la cuantía de la compensación respecto de los términos pretendidos por la depositaria. (**STS de 3 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Doña A. entregó a la entidad bancaria B tres sumas de dinero en depósito sujeto a plazo. La depositaria se obligaba a la restitución al vencer el tiempo previsto y al pago de los intereses convenidos. Se estipuló que el plazo previsto en la imposición se

fijaba en beneficio de las dos partes contratantes y que, por ello, la cantidad depositada no podría ser devuelta antes de su vencimiento, salvo acuerdo en contrario y con la penalización que correspondiese. Por otro lado, doña A. se había constituido en fiadora de una sociedad extraña al proceso por la deuda que naciera a cargo de ella —de la sociedad— y a favor de la entidad bancaria de la ejecución de otro contrato celebrado entre ambas. Antes de vencer el primero de los plazos de las imposiciones procedió la entidad a compensar unilateralmente su deuda como depositaria con la de la fiadora. A criterio de la entidad, su actuación quedaba cubierta por una cláusula del contrato de fianza en el que doña A. le facultaba expresamente «para que pueda efectuar las compensaciones y cargos correspondientes en cualquiera de las cuentas que mantenga...». Pero doña A. consideró que la compensación no procedía en tanto no hubiera transcurrido el plazo de los depósitos y acudió a los Tribunales. El Juzgado dio la razón a la entidad bancaria. La Audiencia estimó la apelación de la demandante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación que interpuso la entidad, estimando en parte la demanda en el extremo relativo a los intereses. (R. G. S.)

19. Resolución del contrato. Requisitos.—Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1124 CC, la jurisprudencia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas.
- b) Incumplimiento grave de la obligación. El Tribunal Supremo entendía que para que exista este incumplimiento debe concurrir «una voluntad deliberadamente rebelde» del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986 y 18 de noviembre de 1994, entre muchas otras), pero posteriormente ha matizado el principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985), bien por una frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte» (STS de 18 octubre 1993), o bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004). Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato», y en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8.103.c) de los Principios de Derecho europeo de contratos. (STS de 5 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El Banco U. prestó con garantía hipotecaria a PN, S. A., unos 325 millones de pesetas, sobre 66 apartamentos que la empresa estaba construyendo. Este préstamo resultó impagado y el banco inició el procedimiento de ejecución del artículo 131 LH.

El Banco U. cedió a HA, S. L., en documento privado, los derechos dimanantes del crédito sobre 65 apartamentos, por un precio

total de 226.591.748 pesetas (1.361.843,83 euros), que se pagaría en tres plazos, acabando el tercero el 21 de diciembre de 1995. Como garantía del cumplimiento del pago del precio, el contrato se sometió a la condición resolutoria de que, en caso de falta de pago en la fecha prevista, «el cedente podrá optar entre mantener la vigencia del contrato de cesión, reclamando al cesionario el total pago del precio aplazado que se hallare pendiente de pago, o tener por resuelto el contrato, quedando éste cancelado y sin efecto alguno». A pesar de la cesión, el Banco no había subrogado a la cesionaria *HA, S. L.*, en su posición y derechos como acreedor hipotecario, de forma que en una carta de la misma fecha, la cesionaria reconocía que si el Juzgado fijaba como fecha para la primera subasta una anterior al momento del completo pago del crédito, el «*Banco U., S. A.*, queda irrevocablemente facultado para proseguir el trámite de subasta y, en caso de adjudicación de fincas a favor de terceros rematantes, aplicar el total importe líquido del precio de remate de las fincas, a minorar y/o cancelar, en su caso, la parte de precio aplazado de la cesión que se hallare pendiente de pago».

La cesionaria fue pagando al Banco cedente, aunque no de acuerdo con los plazos fijados, de modo que llegado el 21 de diciembre de 1995, sólo había hecho efectiva la suma de 66.591.747 pesetas (400.224,46 euros). A partir de la fecha de vencimiento del plazo para el pago del crédito, la cesionaria aún pagó al Banco U. la cantidad de 71.538.461 pesetas (429.954,81 euros), porque el Banco aceptó que se realizaran estos pagos cuando la cesionaria vendía algún apartamento, cancelando la hipoteca correspondiente al apartamento vendido, de modo que la cantidad que restaba aún por pagar en el mes de mayo de 1996 era de 88.461.540 pesetas (531.664,56 euros).

El Juzgado de Primera Instancia convocó la subasta correspondiente al procedimiento de ejecución hipotecaria que aún se mantenía abierto, señalando la primera subasta para el día 11 de marzo de 1996; la segunda, para el 17 de abril de 1996 y la tercera, para el 17 de mayo del mismo año. El día 16 de mayo de 1996, el Banco U. se dirigió a *HA, S. L.*, por medio de un requerimiento notarial, en el que se decía que «al haber incumplido el pago de 88.461.540 pesetas (531.664,56 euros) de la suma total [...] y de conformidad con el apartado *d*) de la misma cláusula, queda resuelto automáticamente el citado contrato con los efectos recogidos en dicho apartado, lo que se notifica para su conocimiento y efectos». Este documento se entregó al representante de la cesionaria el 17 de mayo y ésta se opuso en comparecencia efectuada el día 21 de mayo, en la que señaló que había decidido «suspender el pago del resto del precio» que adeudaba porque se había interpuesto contra la sociedad una querrela criminal por doble venta, en fecha reciente, acordándose por el Juez instructor su admisión y la inscripción de la prohibición de enajenar, lo que frustraba la venta de los apartamentos e impedía a *HA, S. L.*, el abono del resto del precio que aun quedaba por pagar.

El Banco U. se adjudicó en la subasta veintinueve fincas, reservándose la cesión del remate a tercero, como efectivamente hizo.

La cesionaria *HA, S. L.*, demandó al Banco U. pretendiendo que se había enriquecido al haberse adjudicado en la subasta veinticinco fincas, que valora en 165.424.670 pesetas (994.222,29 euros), además de 14 millones pagados por terceros y los que ya le había pagado la demandante hasta el momento de la resolución del contrato de cesión de crédito, y de acuerdo con ello reclamaba al Banco U. la diferencia entre el precio obtenido en la subasta y lo pagado por *HA, S. L.*

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la revocó, estimando la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia, el Banco U. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

20. Obligaciones sinalagmáticas y cláusula resolutoria expresa. Frustración del fin del contrato y consiguiente resolución sin que se requiera dolo del comprador.—Vencido el primer plazo no fue atendido, por lo que los demandantes practicaron requerimiento notarial el 12 de enero de 1998 en el que resolvieron el contrato, dando efectividad a la cláusula resolutoria expresa incorporada a la escritura pública de venta, cláusula que aunque no está mencionada en el artículo 1124 CC, resulta admitida por la jurisprudencia en base al principio de autonomía de la voluntad (S de 20 de junio de 2000).

El incumplimiento acreditado del impago referido actúa como frustración del contrato al instaurar quiebra en la finalidad económica del mismo, imputable exclusivamente a la parte compradora, pues frente al vendedor que cumple, como aquí sucede, el adquirente incumplidor desequilibró la relación contractual por su postura voluntaria de no llevar a cabo los pagos asumidos, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, pues ha abandonado el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, por lo que ya no deviene exigir una actitud dolosa del comprador para decretar la resolución de los contratos de compraventa (SS de 11 de marzo de 1991, 23 de abril de 1992, 9 de octubre y 22 de diciembre de 1993, 10 de octubre de 1994, 29 de diciembre de 1995, 7 de febrero y 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998, 22 de febrero de 1999 y 7 de marzo de 2005, entre otras muy numerosas). (**STS de 24 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—El problema que se plantea en la sentencia se concreta en la resolución de un contrato de compraventa de fincas y maquinaria por impago del precio aplazado pactado en la escritura. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de los vendedores. La empresa compradora interpuso recurso de apelación que fue desestimado. Idéntica suerte corrió el recurso de casación promovido por la demandada. (*R. G. S.*)

21. Mora: intereses moratorios.—Es necesario distinguir entre los intereses legales del artículo 921 LEC, que se conceden de oficio, y los intereses moratorios de los artículos 1101 y 1108 CC que han de solicitarse (SSTS de 18 de noviembre de 1996, 21 de marzo de 2002 y 30 de noviembre

de 2005). Esto significa que la sentencia que otorga de oficio al actor unos intereses moratorios (*ex art.* 1108 CC) que no ha solicitado en la demanda, infringe el artículo 359 LEC e incurre en incongruencia de plus petición.

Plazo de inicio para el cómputo de los intereses moratorios.—Cuando hay una condena al pago de una cantidad concreta que no difiere en nada de la solicitada, existe derecho a los intereses moratorios desde su reclamación. Ahora bien, según jurisprudencia reciente, si, además, se concede una cantidad por determinar en fase de ejecución de sentencia, no procede la concesión de intereses moratorios desde su reclamación sino desde el momento que se determine en la sentencia (SSTS de 30 de noviembre, 19 y 20 de diciembre de 2005, tesis iniciada con la STS de 13 de octubre de 1995).

Actos propios.—Cuando en el ámbito extrajudicial se ha reconocido la legitimidad de una parte para exigir cuentas, después, en el marco de un procedimiento judicial, no se puede pretender que se declare la falta de legitimidad de dicha parte. Una conducta de este tipo va contra el principio general del derecho que impide ir contra los actos propios. Según las SSTS de 28 de enero y 9 de mayo de 2000 este principio tiene su apoyo legal en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, de ella se deriva un deber de coherencia en el tráfico que no permite defraudar la confianza que fundadamente se crean los demás (doctrina también recogida en las SSTS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 16 de febrero, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999). (**STS de 3 de marzo de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don W. H. R., propietario de dos apartamentos situados en la «Urbanización Playamar» de Torremolinos, encarga la administración de los mismos a don M. N. M. Don W. H. R. presenta una demanda en la que ejercita una acción sobre rendición de cuentas de la administración, en virtud de la cual reclama una cantidad de dinero, además de una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Don W. H. R. interpone un recurso de apelación que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. En su sentencia, la Audiencia condena al demandado a rendir cuentas de su gestión como administrador, al pago de una determinada cantidad de dinero, así como al pago de los intereses legales de las cantidades liquidadas y por liquidar desde la interposición de la demanda. Contra esta sentencia, don M. N. M. interpone recurso de casación que es estimado en parte por el Tribunal Supremo, en el sentido de casar y anular la sentencia recurrida en lo relativo a los intereses indemnizatorios legales, que empezarán a contarse desde la interposición de la demanda pero sólo respecto de una determinada suma de dinero, no respecto de otras sumas que se determinan en ejecución de sentencia. (*L. P. S. M. P.*)

22. Incongruencia: desestimación.—No hay incongruencia de la sentencia cuando en ella se concede una indemnización menor de la que se ha solicitado por los actores, pues se resuelve según lo pedido. Tampoco hay incongruencia cuando, a la vez que se estima parcialmente la demanda (en el caso, el pago de parte de la cantidad exigida en concepto de indemnización

por daños y perjuicios), se estima la reconvencción (en el caso, el pago de la parte del precio pendiente), pues uno y otro pago son compatibles y su compensación puede considerarse en la fase de ejecución de la sentencia.

Indemnización por daños y perjuicios: objetivación de la responsabilidad civil contractual.—La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados se extiende a todos los supuestos de contravención de la obligación contractualmente adquirida, salvo fuerza mayor o caso fortuito (e incluso a estos casos, si la ley o el contrato impusieran la obligación de indemnizar, art. 1105 CC).

Inadecuada elección del suministrador. Imputación del resultado dañoso.—La elección del suministrador de la semilla vendida, justifica que el vendedor responda frente al comprador, aunque al tiempo de la compra no fuera posible discernir por las características de la semilla, que la futura planta sería de inferior calidad que la estipulada en el contrato. La inadecuada elección del suministrador por el vendedor no puede repercutir negativamente en el comprador. El vendedor debe responder frente al comprador, sin perjuicio del oportuno ejercicio de las acciones que puedan corresponderle frente al suministrador. (STS de 5 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Varios compradores de plantas de tomate interpusieron frente a los vendedores una demanda indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la entrega de un producto de inferior calidad al estipulado en el contrato. Los vendedores contestaron pidiendo que se desestimara la demanda y formularon reconvencción exigiendo que se declare la obligación de los compradores de pagar la parte del precio pendiente. En primera instancia se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción, pero la Audiencia Provincial de Granada, manteniendo la estimación de la reconvencción, estimó también parcialmente la demanda (la indemnización solicitada ascendía a 12.422.099 pesetas, mientras que la indemnización estimada por la Audiencia es de 7.719.212 pesetas). Los demandados interpusieron recurso de casación alegando, entre otros motivos, que la Audiencia había incurrido en incongruencia al dictar la sentencia. (C. J. D.)

23. Tercería de mejor derecho frente a la Tesorería de la Seguridad Social.—Los créditos a favor de la Tesorería de la Seguridad Social, por cuotas impagadas, no tienen el trato de singularmente privilegiados que el artículo 1923.3.º CC, otorga a los hipotecarios, sino simplemente privilegiados (art. 1924.1.º, en relación con el art. 1929 CC). La anotación preventiva de embargo no atribuye preferencia alguna sobre los créditos anteriores y más aún si se trata de crédito hipotecario, y su eficacia es la que determina el artículo 1923.4.º CC.

Cesión de crédito hipotecario.—El artículo 149 LH, si bien dice que de la escritura de cesión del crédito hipotecario se dé conocimiento al deudor, ello sirve para vincular a éste con el nuevo acreedor (STS de 25 de febrero de 2003), resultando imperativo el párrafo último del referido precepto, al declarar que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente, tratándose de crédito hipotecario preexistente. (STS de 16 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La entidad Risci, V. B. interpuso demanda en la que aportó pretensión preferencial para el cobro de crédito por ser cesionaria de crédito hipotecario preexistente respecto al crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social por cuotas impagadas.

La cesión operada del crédito hipotecario sobre dos fincas fue inscrita en el Registro de la Propiedad con fechas de 7 de noviembre de 1995 y 21 de noviembre de 1995. El crédito en el que se subrogó el tercerista (Risci, V. B.) era crédito determinado y vencido y surgió originariamente de la escritura de hipoteca otorgada el 13 de mayo de 1993. La anotación preventiva del crédito a favor de la Seguridad Social se practicó el 21 de febrero de 1995. La Tesorería practicó embargos sobre los bienes de la sociedad deudora, hipoteca que fue inscrita en el Registro de la Propiedad con fechas de 28 de abril de 1995 y 7 de febrero de 1995.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta y declaró el mejor derecho de la entidad actora para que se hiciera pago a su crédito con el producto obtenido de los bienes ejecutados en subasta pública de la entidad deudora. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de la primera instancia.

NOTA.—A diferencia de la sentencia anotada en la sentencia de 3 de febrero de 1993, el Tribunal Supremo resuelve un supuesto en el que, confirmando la decisión de la primera y la segunda instancia, desestima la tercería de mejor derecho interpuesta contra la Tesorería de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo no consideró en la citada sentencia que prevaleciese el crédito garantizado con prenda sin desplazamiento, constituida voluntaria y unilateralmente por el deudor, que aducía como título el tercerista, frente al embargo trabado, precedentemente, por la Tesorería de la Seguridad Social. El perfeccionamiento de la prenda sin desplazamiento como derecho real, no se produce hasta la fecha de su inscripción, esto es, la del asiento de presentación del título inscribible, que no se produjo hasta un día después de que los mismos bienes ofrecidos en prenda fueran embargados por la Seguridad Social. (*M. C. L. J.*)

24. Inexistencia de novación modificativa por el simple otorgamiento de hipoteca de máximo.—No todas las situaciones modificativas o consolidadoras de las obligaciones constituyen precisamente novación, ya que cabe construir la modificación de una relación preexistente en relación a la libre decisión de la voluntad de las partes, tanto en su objeto, como en sus condiciones principales y garantías, sin que se produzca precisamente novación; no entrañando novación el caso de la alteración en la forma de pago del precio. Por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada que «[...] la novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio u obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aún cuando modificado en algunos de sus aspectos». (**STS de 16 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La entidad mercantil S. M. P. formuló demanda de reclamación de cantidad contra una sociedad y un particular, mediante la cual suplicó se condenase a la sociedad a pagar determinada cantidad de dinero, como obligada principal, y al particular demandado a pagar cierta cuantía como fiador. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la demanda. Contra esta sentencia los demandados interponen recurso de casación. La sociedad recurrente alega que la obligación de pago a su cargo se extinguió por la novación de la deuda en virtud del otorgamiento de escritura de hipoteca de máximo, puesto que el particular demandado había intervenido a efectos de otorgar hipoteca de máximo sobre sus bienes por el impago de la deuda a la mercantil demandante por parte de la sociedad.

NOTA.—En materia de derechos de crédito es regla general que la novación tenga un alcance modificativo y no extintivo y sustitutivo, teniendo este último alcance únicamente en caso de pacto entre las partes o de incompatibilidad total entre la obligación antigua y la nueva. En este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que no existiendo una declaración terminante de las partes o una manifiesta incompatibilidad entre la obligación antigua y la nueva, o una variación de las condiciones esenciales o principales, no hay novación extintiva propia, sino modificativa o impropia de la obligación anterior [SSTS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982/335), 21 de octubre de 1991 (RJ 1991/7229), 29 de marzo de 1993 (RJ 1993/2537)]. Por otra parte, es necesario tener en cuenta con respecto a la novación modificativa, que no todas las situaciones modificativas constituyen precisamente novación, puesto que es posible construir una modificación de una relación preexistente simplemente mediante la voluntad de las partes, tanto en su objeto, como en sus condiciones principales y garantías, sin que tenga que producirse una novación [STS de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992/1425)]. (L. Z. G.)

25. Improcedencia de la acción de saneamiento cuando los vicios, de ser ciertos, son manifiestos y el comprador tiene profesionalmente que conocerlos.—El recurrente sostiene, contra las declaraciones probatorias de las sentencias de instancia, la existencia de graves defectos en la finca objeto del pleito (salubridad de las aguas y escasez de la misma). La sentencia impugnada no los califica como vicios ocultos, sino por el contrario reconocibles a simple vista por el sistema de riego de la finca, que se vende como objeto cierto, sin que se especifique en el contrato que toda su extensión fuera de regadío.

La STS de 8 de julio de 1994 expone que el vicio en el que pretende sustentarse la reclamación de los demandantes y hoy recurridos no tiene la condición de oculto, ya que para merecer tal consideración se requiere que el mismo no haya podido trascender y por lo tanto ser conocido o ser objeto de percepción por el comprador (SS de 31 de enero de 1970, 14 de marzo de 1971 y 29 de junio de 1988).

La S de 6 de julio de 1984 declara que habría que apreciar en el presente caso la inviabilidad de dicha acción de saneamiento, toda vez que, de una parte, la invocación de los aducidos efectos en la expresada mercancía vendida, de ser ciertos y por sus singulares características están poniendo de manifiesto que se trataría de defectos manifiestos y que estaban a la vista y que aún no reuniendo esas características los demandados compradores, ahora recurrentes, por razón de su oficio y profesión tienen el carácter de perito que les permitiría fácilmente conocer tales pretendidos defectos, ya que la expresión perito a que se refiere el artículo 1484 CC hay que entender no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino el de una persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales, lo que indudablemente es de apreciar en quien como los relacionados compradores-demandados, explotan una empresa para la realización de productos con determinados materiales, pues que la normal lógica impone que quien fabrica deba conocer las adecuadas calidades del material a emplear en la fabricación.

La S de 14 de marzo de 1973 expresa que para que el vendedor esté obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida y el comprador pueda o no ejercitar las acciones que le confieren los artículos 1484 y 1486 CC, es menester que aquellos vicios hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina y que no se encuentre a la vista de un modo manifiesto y ostensible.

La disposición contenida en el artículo 1484 CC relativa al saneamiento por vicios ocultos, requeriría que los vicios no pudieran ser fácilmente apreciados por el comprador en razón a sus particulares conocimientos o singular notoriedad y anteriores relaciones mantenidas por los contratantes (STS de 21 de mayo de 1976).

Relación –de general a especial– entre los artículos 1100 y 1504 CC. Es doctrina de esta Sala la de que el precepto general del artículo 1100 CC, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y de no ser necesario el requerimiento del deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, cede ante el precepto más específico del artículo 1504 CC, cuando sea inmueble el objeto de la venta, según el cual, aún cuando exista pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que es un beneficio para el comprador, quien a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir salvo que medie el aludido requerimiento (STS de 1 de julio de 1987). En idénticos términos las SS de 27 de mayo y 26 de febrero de 1985 y 29 de noviembre de 1982). (STS de 24 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–Las partes en litigio habían celebrado un contrato de arrendamiento con opción de compra que tenía por objeto una finca rústica. El arrendatario ejercitó la opción pagando el precio de la finca con un cheque que no pudo hacerse efectivo. Los vendedores instan entonces la resolución del contrato pero el comprador reconviene denunciando la existencia en la finca de vicios ocultos por los que reclama las correspondientes responsabilidades. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró resuelta la compraventa a la vez que desestimaba íntegramente la

reconvención. Apelaron los litigantes y la Audiencia confirmó en parte la sentencia del Juzgado. Recurre en casación el comprador declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

26. Incumplimiento contractual. Resolución del contrato por inhabilidad del objeto entregado para servir al fin pretendido. No ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos. Relevancia en tal caso de la calidad profesional del comprador.—El artículo 1484 CC parte de que se ha ejercitado una acción de saneamiento por vicios ocultos, respecto a los que la calidad o el oficio o profesión del adquirente no podría actuar para oponerse a su validez, por el valor de su conocimiento similar al pericial. Sin embargo, el precepto no es aplicable a la acción de incumplimiento contractual, del artículo 1124 CC, con resultado de resolución que lleva implícita la indemnización de daños y perjuicios.

Liquidez y devengo de intereses. Principio «in illiquidis non fit mora».—El principio «in liquidis [*rectius*, illiquidis] non fit mora» viene siendo matizado en su aplicación por la jurisprudencia, en el sentido de que la merma que, por la decisión judicial, se produce sobre la cantidad reclamada no la convierte en muchos casos en ilíquida al fin indicado, pues el recargo de los intereses pretende actualizar el valor de la deuda y «sancionar» en cierto sentido la oposición general al pago de la misma, por lo que deberá acompañarse el incremento de intereses al pago condenatorio de ella como principal, y en cuanto como obligación que es, la del pago de los intereses, accesoria del mismo, excepto en aquellos casos en que sea razonable que efectivamente se produzca una reclamación que precise de una propia liquidación, por su exceso o falta de una cierta certeza. Cuando la reclamación inicial se concreta en dos cantidades que se corresponden con los también dos conceptos distintos que compondrían la misma, y uno de ellos es admitido totalmente y conlleva por lo tanto en sí mismo ese pago accesorio, mientras que se rechaza el otro, ello hace desaparecer los intereses en cuanto a él, lo que no puede repercutir respecto a la otra cantidad, reconocida en sí misma sin otra contemplación, por ser totalmente líquida a los efectos que se pretenden.

Valoración de la prueba en casación.—La apreciación de los hechos enjuiciados corresponde al Tribunal *a quo*, y sólo puede ser revisada en casación a partir de su denuncia como error de Derecho en la apreciación de la prueba, siendo preciso además para ello el citar expresamente los preceptos legales relativos a la misma que se entiendan vulnerados, o bien alegar el «error patente» cometido por el Tribunal al resolver respecto a tal valoración, cuando la misma sea irracional, arbitraria o ilógica. (STS de 19 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Entre las sociedades *CJ, S. L.* y *S., S. A.*, se formalizó un contrato de compraventa respecto de diversas partidas de botas. En los pares de zapatos suministrados por *CJ, S. L.*, se observaron defectos, que impiden que sean destinados al uso previsto; de modo que, al poco tiempo de haber procedido *S.* a distribuir las botas entre sus clientes minoristas, comenzaron a llegarles a éstos reclamaciones de sus clientes, ante los defectos existentes en los pares de calzado, siendo éstos de tal gravedad que lo hicieron inservible.

S. interpuso demanda contra *CJ, S. L.*, y contra don P. P. G., administrador único de la misma, solicitando la declaración de responsabilidad del incumplimiento contractual de *CJ, S. L.*, y de la responsabilidad personal de su administrador único por haber desempeñado su cargo sin la diligencia de un ordenado empresario y representante leal, contrario a la Ley y a los Estatutos, causante de un daño a la actora; y que se condene a los codemandados a pagar a la mercantil actora de forma solidaria, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados derivados del incumplimiento contractual, la cantidad de 6.694.218 pesetas, más los intereses legales y las costas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a *CJ, S. L.*, como responsable del incumplimiento contractual, a pagar a la actora la cantidad de 6.694.218 pesetas, más los intereses legales desde la interpelación judicial hasta su total solvencia, y absolviendo a don P. P. G. Interpuesto recurso de apelación por *CJ, S. L.*, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocando la anterior sentencia en lo relativo al importe de la condena impuesta a la apelante, que fija en 1.457.015 pesetas con los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, confirmando la sentencia en sus demás pronunciamientos. Contra esa sentencia, *CJ, S. L.*, recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Destaca en esta sentencia la exposición que realiza de la doctrina jurisprudencial actual en torno a dos importantes cuestiones. Por una parte, la aceptación de que la inhabilidad de los productos comprados pueda determinar que exista un incumplimiento contractual, más allá del ámbito del saneamiento por vicios ocultos, viniendo ello a suponer la inaplicabilidad del artículo 1484 CC y por tanto de la regla de que la calidad o el oficio o profesión del adquirente pueda suponer un valor de su conocimiento similar al pericial.

Por otra, la aplicación actual del principio «in illiquidis [en la sentencia se dice erróneamente *liquidis*] non fit mora» por la jurisprudencia se orienta en el sentido de que la reducción que la decisión judicial pueda realizar sobre la cantidad reclamada no la convierte en ilíquida, excepto en aquellos casos en que sea razonable que efectivamente se produzca una reclamación que precise de una propia liquidación, por su exceso o falta de una cierta certeza; el recargo de los intereses pretende actualizar el valor de la deuda y sancionar su impago, por lo que la condena a pagarla deberá acompañarse de la accesoria de intereses. En esta materia, se ha observado la existencia de dos claras fases en la jurisprudencia: inicialmente aplicaba de un modo estricto el referido principio, entendiendo que la necesidad de una total determinación de la cuantía de la deuda imponía que el abono de intereses moratorios sólo procedería desde la firmeza de la sentencia que determine definitivamente la cuantía de la deuda, salvo que coincidieran exactamente la cantidad pedida en la demanda y la otorgada finalmente en la sentencia (por lo que el que la cantidad reclamada en la demanda sea superior a la concedida en la sentencia suponía su iliquidez hasta entonces), o bien, en el caso de deudas de valor, desde su fijación judicial. En

cambio con posterioridad, a partir principalmente de la STS de 5 de marzo de 1992, ha matizado esta posición, flexibilizando su doctrina por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, a efectos de lograr la máxima protección de los derechos del acreedor, dado que no es justo que sea el deudor quien indebidamente se haga con los intereses que producen las cantidades que debía haber entregado anteriormente al acreedor, aprovechamiento que puede llegarse a calificar como de *enriquecimiento injusto*. La jurisprudencia mayoritaria actualmente entiende que si consta la existencia de una deuda a favor del actor y en contra del demandado, con unas bases de cuantificación, éste podrá considerarse constituido en mora, a efectos del devengo de intereses moratorios, ya desde su exigencia judicial, aunque se pueda rebajar con posterioridad la cantidad inicialmente concedida, puesto que en tal caso la sentencia es meramente declarativa (antes de ella, ya correspondía al acreedor el derecho a percibir esos intereses) y por tanto la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la suma concedida, aunque sea menor de la que reclamó inicialmente. En cambio, cuando no existan unos factores de cuantificación de la deuda que sean conocidos y aceptados por las partes, será precisa la intervención judicial, con un cierto carácter constitutivo, y por tanto no existirá liquidez de la obligación (ni posibilidad de mora, ni del devengo de intereses moratorios) hasta esa sentencia, lo mismo que cuando la realización de la liquidación dependa de un tercero o del propio acreedor, como en los supuestos de deuda indemnizatoria. (F. J. J. M.)

27. Subarriendo. Imposibilidad de subsistencia más allá de la vigencia del arrendamiento de que deriva. Improcedencia de reclamación de la renta con posterioridad.—No existe fundamento alguno en una reclamación de rentas de un segundo subarriendo con posterioridad a la resolución contractual del subarriendo principal, ya que carece de legitimación el segundo subarrendador, puesto que su título estaba basado en un subarrendamiento, y al desaparecer esta relación contractual, obtiene la misma situación.

Como recoge la STS de 22 de febrero de 1972, la jurisprudencia ha declarado con reiteración: «A) que el subarriendo no puede tener más extensión que la del arrendamiento de que deriva, por ser principio jurídico fundamental que los derechos derivados no pueden ir más allá que los originales. B) Por lo tanto, el contrato de subarriendo, por su propia naturaleza y como su propia denominación indica, depende en su existencia de la firma del de arrendamiento sobre la cosa subarrendada y, en consecuencia, no puede existir el extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de extinción, porque si por virtud del contrato de arrendamiento se transmite al arrendatario la posesión de la cosa arrendada por tiempo determinado y precio cierto y si éste puede a su vez transmitir tal posesión a los mismos fines, siempre que cuente con la autorización expresa y escrita del arrendador, se hace indudable que al ser por cualquiera de los cauces que dan lugar a la resolución del contrato de arrendamiento si el arrendatario perdiera aquella posesión, ello ha de repercutir inmediatamente en la del subarrendatario, en el sentido de perderse la posesión de éste, con extinción del contrato de subarriendo». (STS de 23 de

marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre las entidades mercantiles E. y A. (arrendataria principal) se concertó un contrato de subarriendo sobre determinados locales de negocio, que quedó resuelto judicialmente por sentencia firme de 19 de octubre de 1993. A su vez, E. firmó con M., S. A., el 1 de enero de 1992 un segundo contrato de subarriendo (no consentido) de los locales, modificado parcialmente el 31 de julio de 1992 y 1 de febrero de 1993.

E. interpuso demanda contra M., S. A., don J. L. R. y don D. C. C., reclamando la condena solidaria de los demandados a pagarle la cantidad de 32.451.681 pesetas en concepto de renta por el subarriendo de los locales, más los intereses legales y las costas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por E., la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocando la anterior sentencia en el sentido de condenar a M., S. A., a que abone a la entidad apelante la cantidad de 481.994 pesetas. Contra esa sentencia, E. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Pone de manifiesto esta sentencia que en el subarriendo (como en general en los supuestos de subcontratación), la propia existencia del contrato depende de la subsistencia del contrato del que deriva —arrendamiento o subarriendo de grado superior—. Por tanto, una vez extinguido éste desaparecen los contratos derivados del mismo, careciendo por tanto de legitimación el subarrendador para efectuar una reclamación de rentas con posterioridad a ese momento. (F. J. J. M.)

28. Arrendamientos rústicos históricos. Acceso a la propiedad. Necesidad de vigencia del arrendamiento.—La STS de 13 de octubre de 1998 inició un cambio en la jurisprudencia respecto a la limitación del número de subrogaciones «mortis causa» que establecía el artículo 79 de la LAR de 1980 (cambio consolidado por las SSTS de 27 de febrero de 2001 y 10 de junio y 14 de diciembre de 2005), afirmando que «la tesis (...) de que no caben en los arrendamientos rústicos una segunda sucesión, es decir, que el sucesor arrendatario no puede, a su vez, transmitir la cualidad de arrendatario (STS de 6 de febrero de 1992), pugna (...) con la misma noción de los “arrendamientos históricos”, favorecidos con el derecho de acceso a la propiedad y, por tanto, con la dicción literal de la Ley que no establece restricciones justificativas de tal limitación, corroborada además por los elementos históricos y sistemáticos que cooperan y guían en la recta hermenéutica de las normas. En efecto, la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de arrendamientos rústicos históricos especifica en la “exposición de motivos”, en orden a la explotación del derecho de acceso y sus finalidades, a propósito del valor de las fincas arrendadas que a éste “han contribuido de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones”, conceptos que, obviamente, presuponen varias sucesiones de arriendo. (...) En segundo lugar el precepto cuestionado no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual durante todo el tiempo que

queda de vigencia del arriendo, sea por pacto contractual, sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionada por restricción alguna, siendo así que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones, en casos análogos, lo hizo (vide v. g. la legislación arrendaticia urbana, respecto de la subrogación *mortis causa* en viviendas y la sucesión en locales de negocio). Finalmente, la razón de la “vinculación indefinida” como contraria al concepto de arriendo (...) no tiene sustento legal, ya que los contratos de arrendamiento rústicos, tiene duración definida, y dicho aspecto no se desvirtúa (antes bien se ratifica), por el hecho de que el legislador, de acuerdo con las conveniencias y las necesidades sociales, reflejadas en el sector concreto de la agricultura y los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra y su explotación, ordene prórrogas legales de los referidos contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza».

No obstante, la prórroga que establece el artículo 2.1 LARH lo es a favor de los que «se hallen vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley», lo que no sucede en el caso en estudio, en que habían caducado en 1980 las prórrogas legales aplicables al contrato, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de 29 de abril de 1959, sin que a partir de ese año 1980 conste acreditada la existencia de prórroga convencional alguna.

Principio de congruencia. Adecuación del fallo a las pretensiones de las partes.—El principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentaban, pero no una literal concordancia, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, el órgano jurisdiccional está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, y, de aquí, que el juzgador pueda, en atención al principio «iura novit curia» en relación con el «da mihi dactum, dabo tibi ius», aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por ellos establecidos. (STS de 6 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La Fundación BPHAJN concertó el 17 de noviembre de 1934 un contrato de arrendamiento sobre ciertas fincas rústicas de su propiedad.

La Fundación interpuso demanda contra don L. A. L., hijo del arrendatario en aquel contrato, solicitando se declare extinguido el mismo, ante la cual aquél formuló reconvencción ejercitando acción sobre acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, al amparo de la LARH.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por don L. A. L., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Contra esa sentencia, don L. A. L. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Se ha producido una evolución en la normativa sobre la duración de los arrendamientos rústicos. Recordemos que el artículo 79 LAR de 1980 establecía originariamente un régimen de subrogaciones legales *mortis causa*, que se añadían a un plazo de duración de veintiún años (art. 25, que establece una duración mínima de seis años, y sucesivas prórrogas trienales hasta un máximo de quince años). Con posterioridad, la Ley de Modernización de las

Explotaciones Agrarias de 1995 reformó la Ley de 1980 en este punto, respecto de los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor, suprimiendo las prórrogas legales y estableciendo un nuevo plazo de duración mínima de cinco años (art. 28), produciéndose como consecuencia una revitalización de los arrendamientos rústicos, de modo que durante los años 90 se registró una fuerte expansión del arrendamiento, con un aumento de 2,3 millones de hectáreas. La actual LAR de 2003 —como pone de manifiesto su Exposición de Motivos— profundiza en esta dirección, no recogiendo más prórrogas que las tácitas de duración quinquenal, que se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato por el arrendador con un año de antelación al término del plazo contractual (art. 12), aunque durante la vigencia del contrato se permite la cesión o subarriendo, sin necesidad de consentimiento del arrendador, a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario (art. 23.III).

Sin embargo, respecto de los arrendamientos rústicos históricos ha de tenerse en cuenta que la LARH estableció una serie de prórrogas, durante las cuales se facilitaba el acceso del arrendatario a la propiedad (arts. 2 y 3), prórrogas éstas que por sus características están agotadas en la actualidad, al establecerse con carácter general hasta el 31 de diciembre de 1997 y con carácter complementario hasta que el arrendatario, si tuviera cincuenta y cinco años cumplidos a la entrada en vigor de la Ley, cause derecho a la pensión de jubilación o de invalidez permanente y, como máximo, hasta que cumpla sesenta y cinco años de edad (es decir, como máximo hasta 2002). (F. J. J. M.)

29. Contrato de obra. Responsabilidad del promotor de la obra. Doctrina jurisprudencial.—La atribución de responsabilidad al promotor por los vicios o defecto ruinógenos de la edificación ha sido ampliamente examinada por esta Sala, que tiene establecido que «aunque el promotor-vendedor no hubiera asumido tareas de constructor, no por esto en los supuestos del artículo 1591 CC está exento de toda responsabilidad, ya que la doctrina jurisprudencial, al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el artículo 1591 CC, no ha dicho que sólo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso» (SSTS de 2 de diciembre de 1994, 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo y 13 de octubre de 1999 y 11 de diciembre de 2003). También se ha dicho que «el promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y el cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 21 de marzo de 1996); lo que impone actividades de elección y contratación de técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el artículo 1591 CC (SSTS de 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 8 de junio de 1992 y 13 de mayo de 2002), pues los derechos de los adquirentes no

decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio, lo que contribuye a que los compradores confíen en su prestigio profesional» (STS de 27 de septiembre de 2004).

Responsabilidad solidaria del promotor con los técnicos de la edificación.—El promotor viene obligado a la reparación de los defectos constructivos; y sin que obste a la responsabilidad del promotor la responsabilidad que pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra, pues la responsabilidad de aquél nace del incumplimiento contractual al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para su finalidad y la solidaridad en estos casos ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia sin perjuicio de que el promotor pueda repetir, en su caso, contra los demás eventuales responsables (SSTS de 20 de junio de 1995 y 12 de febrero de 2000). (STS de 16 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios actora demandó judicialmente por vicios constructivos, tanto a la entidad promotora de la edificación, *Isadi, S. A.*, como al director facultativo y al director técnico de la obra, los Sres. R. P. M. S. y C. M. B. respectivamente. El fundamento de la demanda estaba en los serios defectos constructivos que provocaron un inaceptable deterioro de la fachada y otros daños derivados. La demandante solicitó la condena solidaria de todos y, subsidiariamente, la condena individual de cada uno en la porción que se acreditara que tuvieron en el resultado lesivo final. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al director técnico, don C. M. B., a las reparaciones solicitadas; absolviendo al resto de los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios y, revocando la sentencia de instancia, condenó solidariamente a la mercantil promotora de la obra, *Isadi, S. A.*, y al arquitecto técnico, don C. M. B., a llevar a cabo la reparación de la fachada en los términos solicitados. La empresa promotora interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. A. G. D.*)

30. Responsabilidad del procurador que omite presentar escrito para embargar crédito a favor del acreedor: ineffectividad del embargo por declaración de suspensión de pagos del deudor.—La sentencia recurrida estima que existe prueba definitiva de la actuación poco cuidadosa del procurador demandado al recibir el escrito referenciado sin que éste llegara a presentarse en el Juzgado; efectivamente, tal conducta negligente constituye una infracción de las obligaciones contractuales que derivan del arrendamiento de servicios que ligaba al procurador con su poderdante. La Sala comparte con la de instancia la imprevisibilidad de la eficacia del embargo una vez declarada la suspensión de pagos, procedimiento universal al que han de someterse todos los acreedores de la sociedad suspensa y que afecta a todos los bienes y derechos de la misma, habiendo créditos privilegiados con derecho de abstención, la suma de cuyos créditos excede con mucho del crédito que no fue embargado por el procurador, careciendo el actor de toda

preferencia. (STS de 21 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

NOTA.—El crédito que debió embargarse era contra la Hacienda Vasca por devolución del IVA, y ascendía a dieciocho millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra el procurador negligente, al no haber presentado en el Juzgado el escrito que le entregó el abogado; pero la Audiencia Provincial absolvió a éste de la reclamación. El Tribunal Supremo confirma la absolución aun discrepando de algunas apreciaciones de esta última, pese a ratificar la conducta incumplidora de aquél. Se trata de una infracción contractual que no se sanciona al no quedar probado el daño alegado (el embargo no solicitado negligentemente hubiera quedado sin efectividad al declararse la suspensión de pagos). (G. G. C.)

31. Responsabilidad del abogado: juicio penal en que omite solicitar en conclusiones definitivas indemnización superior por secuelas: nexo de causalidad: imputación objetiva.—La sentencia recurrida admite la existencia de una negligencia profesional por parte del abogado de la recurrente, en cuanto omitió modificar las conclusiones provisionales solicitando una indemnización superior por secuelas puestas de manifiesto en nuevo examen forense por él solicitado, pero realiza correctamente el juicio de imputación objetiva al concluir que la asignación de una determinada indemnización por secuela revelada en el nuevo informe forense no puede imputarse con certeza razonable a la falta de modificación de la cuantía de la indemnización solicitada por parte del abogado defensor; la sentencia penal no hace referencia a este tipo de limitación, y, por otra parte, la indemnización concedida, coincidente con la pedida por el Fiscal, no se ofrece como manifiestamente improcedente desde el punto de vista de su cuantía. Es cierto que la sentencia penal no podía otorgar una indemnización mayor que la solicitada en el escrito de conclusiones por las partes acusadoras, pero tal limitación no es suficiente para considerar que, de haberse solicitado una indemnización muy notablemente superior, la Sala la hubiera concedido; el hecho de que el abogado tratara de rectificar el error por él padecido presentando un escrito en el que se aumentaba la cuantía de la indemnización pedida, y el hecho de que el Tribunal otorgara una indemnización superior a la ordinariamente otorgada por días de impedimento, no son suficientes por sí para que, con un razonable grado de certeza, se llegase a la conclusión de que el Tribunal otorgara indemnización notablemente superior por secuelas. (STS de 30 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—También en STS de 21 de marzo de 2006 (extractada en este fasc. de ADC) la Sala 1.^a constata una actuación negligente del profesional demandado (un procurador), y en ambas resoluciones, sin embargo, se absuelve a los demandados por no demostrarse la imputación objetiva. ¿No cabría, al menos, la indemnización por daño moral que habitualmente otorgan los tribunales? (G. G. C.)

32. Culpa médica: enferma de cáncer que fallece: actuación correcta de los médicos.—Respecto de los médicos demandados, no se ha probado

una conducta productora, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta. Se sigue la doctrina jurisprudencial contenida en la S de 29 de junio de 1999 según la cual «la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, distinto de si es arrendamiento de obra como en cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: SSTS de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de setiembre de 1996 y 22 abril de 1997. Esta Sala considera que la sentencia recurrida ha analizado y valorado convenientemente los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, y ha entendido que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica para el tratamiento de la grave enfermedad de la asistida y el restablecimiento de su salud, resultado al que desgraciadamente no se llegó, pero no por culpa o negligencia de aquéllos. Por lo tanto se concluye en esta sede que no ha habido omisión de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma.

Responsabilidad del centro hospitalario.—Tampoco se aprecia negligencia en el centro hospitalario, pues está demostrado en autos que la enferma fue sometida a un intenso tratamiento a partir de su ingreso en Urgencias; por lo cual, no sólo hubo una adecuada actuación de los médicos, sino que el sistema hospitalario ha ofrecido las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales. (STS de 2 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

33. Depósito. Gestión de negocios ajenos sin mandato: obligación de devolución del depósito dinerario al propietario a cargo de la entidad depositaria, a la que se le ha transferido el mismo sin conocimiento inicial del depositante.—En la gestión sin mandato, adquiere auge en el orden científico el parecer de quienes, prescindiendo del elemento subjetivo, aplican al tratamiento y efectos propios de la gestión oficiosa, con criterio objetivo, la mera actuación sin mandato en negocio ajeno *re ipsa*, acompañada del *utiliter gestium*, y este requisito no lleva implícita necesariamente la idea de lucro o ganancia que haya de producir la gestión, pues es suficiente la actuación del gestor con la diligencia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena, como si se aprovecha de sus resultados (STS de 27 de abril de 1945, en sentido análogo STS de 2 de febrero de 1954). (STS de 9 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La actora depositó unos fondos dinerarios en una entidad bancaria, estos fondos fueron transferidos, también en depósito, a otra entidad bancaria por un apoderado común a ambas, con desconocimiento de la demandante. Sin embargo, con posterioridad fue ratificado el traspaso por el titular del dinero. La demanda se dirigió contra los dos bancos reclamándoseles básicamente, con carácter solidario, el total depositado más los intereses del mismo.

El Juzgado condenó al banco que tenía en su poder el depósito al pago del mismo a la actora con los intereses pactados por el tiem-

po en que la suma ha permanecido depositada. La Audiencia confirmó la resolución de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso planteado por el banco condenado. (*I. D.-L.*)

34. Contrato de caución con fianza solidaria a primer requerimiento.—Es un figura admitida por la jurisprudencia (en este sentido STS de 13 de diciembre de 2000).

Fianza solidaria.—El carácter solidario de la fianza se refiere al deudor principal que contrata la fianza, por lo que el fiador que procede al pago puede exigir el reembolso del fiado, pero no de quien, ajeno a la relación contractual de fianza, es junto al fiado deudor solidario del acreedor. (**STS de 7 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La agencia de aduanas *R., S. L.*, celebra con la aseguradora *A., S. A.*, un contrato de caución con fianza solidaria a primer requerimiento frente al Administrador Principal de Aduanas y de la Dependencia de Recaudación de la Delegación de Hacienda para garantizar el pago de las deudas tributarias que se generen por las declaraciones de importación presentadas por la agencia *R., S. L.* La constitución de la fianza permite a la agencia de aduanas agilizar su actividad, ya que puede retirar los bienes importados, sin tener que satisfacer previamente los derechos arancelarios.

En cumplimiento de la fianza prestada la sociedad aseguradora *A., S. A.*, procede al pago de una deuda tributaria de la agencia de aduanas *R., S. L.* Los productos cuya importación genera la deuda tributaria satisfecha por *A., S. A.*, son propiedad de la mercantil *O., S. L.*

La sociedad aseguradora *A., S. A.*, procede a reclamar en juicio de menor cuantía el reintegro de la cantidad abonada más los intereses que correspondan, demandando a la mercantil *O., S. L.* Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial de Zaragoza desestiman respectivamente la demanda y el recurso de apelación interpuestos. La sociedad *A., S. A.*, interpone recurso de casación, que resulta íntegramente desestimado, puesto que la sociedad aseguradora no es un tercero que realiza el pago por cuenta ajena en el sentido del artículo 1158 CC, sino que paga en cuanto fiador solidario de la agencia de aduanas. Asimismo la fianza fue contratada por la agencia de aduanas *R., S. L.*, para facilitar su actuación en la aduana respecto de diversos clientes y no en ejecución de un mandato de la mercantil *O., S. L.* Por último, la mercantil *O., S. L.*, no era parte del contrato de caución, sino que únicamente era un obligado solidario al pago de la deuda tributaria que generó la importación de bienes de su propiedad, deuda que se extinguió en virtud del pago realizado por *A., S. A.* (*C. G. G.*)

35. Procedencia de pago de deuda a cargo del avalista, en virtud de aceptación tácita del aval por el acreedor.—Pretende el recurrente que el

demandado nunca llegó a ser avalista de A., S. L. En las sentencias de instancia se declara que la sociedad demandante prestó el consentimiento tácito al aval objeto del pleito, pues a partir de que recibió la carta que lo documentaba, comenzó a servir mercancía a la sociedad avalada, como resulta de las pruebas de confesión judicial tanto del demandado como del representante de la demandante.

[...] ya se han expuesto las razones para la desestimación de este irregular motivo, en cuanto que desde la fecha del aval la sociedad actora suministró mercancía a la entidad avalada, con la circunstancia añadida, recogida en la sentencia impugnada, de la inoperatividad de aceptación de otras garantías a los efectos de condena en virtud del aval de autos, dado el carácter de éste de garantía independiente y solidaria, que impide oponer la presencia de cofiadores como excusa al pago, sin perjuicio de sus relaciones internas. Justificada la deuda de que la fianza es accesoria, no precede más que la condena realizada.

[...] Existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por ser una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin asomos de duda, de suerte que, «el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta su aquiescencia» a una determinada situación (STS de 26 de mayo de 1986). En igual sentido las SS de 11 de junio de 1991, 24 de mayo de 1975 y 25 de enero de 1965.

Contratos de fianza y subfianza.—Los contratos de fianza, definido en el artículo 1822, párrafo primero, y de subfianza a la que se alude en el párrafo segundo del artículo 1823, ambos CC, como consensuales, accesorios y subsidiarios que son requieren para que puedan producir efectos jurídicos, la constancia de una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador (S de 18 de noviembre de 1963), la preexistencia de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza (S de 25 de febrero de 1958) y la circunstancia de que el fiador no se haya obligado a más que el deudor principal, en la cantidad o en lo oneroso de los deberes por él asumidos (STS de 31 de enero de 1977).

Prórroga al deudor mediando fianza.—Según la doctrina jurisprudencial, para la aplicación del artículo 1851 CC se requiere convenio explícito, con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago (SS de 3 de noviembre de 1955 y 29 de octubre de 1991). (STS de 20 de diciembre de 2002).

Subsistencia de la fianza.—La fianza subsistirá hasta que por la terminación completa del contrato principal que se afiance se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, lo que en una recta hermenéutica, supone que la fianza subsistirá en tanto en cuanto no termine el contrato principal, o bien que, terminado éste, se hayan cancelado definitivamente, las obligaciones derivadas de dicho contrato (STS de 28 de diciembre de 1992).

Pago y entrega de documentos mercantiles.—El artículo 1170 CC declara que la simple entrega de documentos mercantiles no significa por sí pago efectivo, ya que éste queda supeditado, para entender pago cumplido a su realización (STS de 6 de julio de 1998).

El párrafo segundo del artículo 1170 CC no tiene el carácter de norma de derecho imperativo o necesario, sino meramente dispositivo, estando en la autonomía de la voluntad del acreedor recibir los documentos como pago del

precio, o esperar a que se realicen, debiéndose considerar que se quiere este último efecto si nada se dice en contrario (STS de 24 de junio de 1997). En igual sentido la S de 28 de enero de 1998.

La entrega de letra no significa pago, sino la forma en que el mismo ha de efectuarse a su vencimiento (STS de 17 de febrero de 1992). **(STS de 2 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La mercantil A. formula demanda de reclamación de cantidad contra don B. La reclamación formulada se refería al cumplimiento de las obligaciones derivadas del aval prestado por el demandado en carta dirigida a la demandante en garantía del pago de las deudas de la empresa C. En las sentencias de primera y segunda instancia se estimó íntegramente la demanda. Recurre don B. en casación justificando su postura en que el consentimiento de la acreedora y demandante al aval nunca quedó acreditado. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

36. Viajes combinados. Pago directo de los servicios por el minorista a los prestadores de aquéllos por quiebra del mayorista en una fecha crítica para el sector turístico.—Aunque las agencias minoristas o detallistas no pueden contratar directamente con las empresas hoteleras, resulta de todo punto inadmisibles presentar la relación hotelero-mayorista (organizador)-minorista (detallista)-cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca, pues ante una situación de emergencia como la provocada por la quiebra de la mayorista, la atención a los usuarios finales en destino o con reservas confirmadas hacía necesaria la relación entre minoristas y empresas hoteleras, como por demás resulta hoy claramente de la responsabilidad solidaria frente al consumidor que establece el artículo 11.1 LVC.

Prueba. Distinción casacional entre las cuestiones relativas a la carga y a la valoración de la prueba.—No son compatibles en un mismo motivo de casación los problemas de falta de prueba y a quién deba perjudicar tal carencia, y los problemas del valor de las pruebas efectivamente practicadas. Es más, la mezcla de ambos problemas o cuestiones en un mismo motivo de casación es en sí mismo contradictoria, porque no puede partirse de la falta de prueba si se critica la valoración de pruebas efectivamente practicadas que, por tanto, desmientan por sí solas esa falta de prueba. **(STS de 21 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Entre Viajes P. («turoperador» o agencia mayorista de viajes) y Viajes T. E. (agencia minorista de viajes) se contrataron diversos «paquetes turísticos» o viajes combinados, comprensivos de alojamiento y transporte.

Cuando se tuvo conocimiento, por medio de distintas asociaciones hoteleras y de agencias de viajes, de la solicitud por Viajes P. de declaración del estado de quiebra voluntaria, un 5 de julio, muchos clientes se encontraban en destino o pendientes de emprender viaje, por lo que, ante el silencio de aquélla a los requerimientos que se le hicieron para solucionar los problemas de las reservas ya confirmadas y la advertencia de Viajes T. E. de que pagaría directa-

mente a hoteles y compañías aéreas o de transporte de viajeros en general, y ante la nota pública conjunta de la Consejería de Turismo del gobierno balear, una asociación de agencias y una federación hotelera recomendando a los clientes de los hoteles que exigieran el pago a las agencias minoristas con las que habían concertado viaje y alojamiento, la minorista procedió a pagar directamente a los hoteles, sin que el depositario de la quiebra de la agencia mayorista hubiera contestado a sus comunicaciones.

Cuando un abogado se dirigió a la agencia minorista reclamando la cantidad de 9.115.943 pesetas por aquellos «paquetes», se le presentó por la misma una liquidación que, partiendo de la cantidad de 7.559.884 pesetas pendiente al momento de la presentación de la quiebra, arrojaría un saldo final de 115.834 pesetas tras atender Viajes T.E. los pagos que tenía que haber hecho la mayorista.

La sindicatura de la quiebra de Viajes P. interpuso demanda contra Viajes T. E., solicitando se le condenara al pago de 8.227.930 pesetas, como importe de los citados «paquetes turísticos», más los intereses legales desde la interpelación judicial y las costas, ante la cual ésta formuló reconvencción, pidiendo la condena de la actora inicial a pagarle la suma de un millón de pesetas por los daños y perjuicios sufridos al haber tenido que atender urgentemente a sus clientes debido al incumplimiento de sus obligaciones por aquélla, con expresa imposición de las costas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, condenando a Viajes T. E. al pago de 115.834 pesetas, más el interés legal, y desestimando la reconvencción. Contra esa sentencia, la sindicatura de la quiebra de Viajes P. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Declara esta sentencia el principio de la responsabilidad solidaria de agencias de viajes mayoristas y minoristas en la gestión del viaje combinado, con base en la Directiva 90/314/CEE y en la legislación turística autonómica, por la fecha de los hechos enjuiciados (1994). Con posterioridad, la Ley de Viajes Combinados de 1995 ha venido a contemplar específicamente esta situación, al establecer que «los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, *con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios*, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos» (art. 11.1), lo que en la actualidad se reitera en el artículo 162.1 (coincidente en lo sustancial con el precepto citado) del nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (F. J. J. M.)

37. Solidaridad impropia. Concepto.—La solidaridad impropia se produce cuando acciones plurales concurren a un resultado dañoso, con contribución causal eficiente, sin que sea posible discernir el concreto grado de incidencia de cada una de ellas.

Interrupción de la prescripción extintiva ex artículo 1974 CC. Inaplicación en el caso de que los demandados operaran con absoluta independencia y sin ninguna relación entre sí.—No cabe aplicar la interrupción de la prescripción extintiva ex artículo 1974 CC, entendida con alguno de los agentes, a los otros, cuando no ha habido una actuación conjunta o común, o no hay una comunidad de intereses entre ellos, sino que operaban con absoluta independencia y sin ninguna relación entre sí.

Apreciaciones sobre el valor o eficacia en el proceso civil de lo actuado en un proceso penal anterior.—En relación con el valor o eficacia en el proceso civil de lo actuado en un proceso penal anterior, hay que realizar las siguientes apreciaciones: primera, en aplicación del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la jurisprudencia ha declarado que la sentencia penal absolutoria es vinculante para el orden jurisdiccional civil—con el efecto prejudicial o positivo de cosa juzgada— cuando declara la inexistencia del hecho. Es decir, ha de tratarse de una sentencia que absuelva al acusado, o resolución que acuerde el sobreseimiento libre o definitivo equiparado a la sentencia firme; y se requiere que declare que el hecho que individualiza la *causa petendi* de la acción civil no existió, sin que sea suficiente que la absolución se funde en la falta de prueba de la existencia, pues no son jurídicamente equiparables la inexistencia del hecho y la incertidumbre acerca de su existencia; segunda, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) no permite que por un tribunal de un orden jurisdiccional se dicte una decisión con una declaración sobre la existencia de un hecho totalmente contraria a la dictada con anterioridad por el tribunal de otro orden jurisdiccional, porque un mismo hecho no puede existir y no existir a un tiempo, salvo que, con base en las actuaciones de que conoce y conforme a las reglas que rigen el ejercicio de su jurisdicción se motive adecuadamente el porqué de la decisión contradictoria; y tercero, la eficacia probatoria del testimonio de actuaciones de un proceso penal en un proceso civil posterior, queda sujeto, como cualquier testimonio de actuaciones de un proceso distinto, al sistema de la libre apreciación de la prueba, cuya función corresponde a los juzgadores de instancia. (STS de 17 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don A. C. G. estuvo vinculado contractualmente mediante una doble relación laboral y mercantil, como agente de seguros, con una entidad aseguradora desde enero de 1970 hasta 1978, año en que le fue notificado el despido y la rescisión del contrato de agencia. La referida entidad formuló además contra él querrela por el supuesto delito de apropiación indebida. Asimismo otra entidad mercantil, MPVRE, interpuso también querrela penal por apropiación indebida acusándole de haberse quedado con una suma de dinero procedente de recibos que tenía encargo de cobrar. Los procesos penales fueron acumulados y terminó por sentencia absolutoria. Fallecido don A. C. G., doña M. D. C. M., en su nombre y en representación de la herencia yacente, presentó dos demandas contra las dos entidades mercantiles anteriormente citadas. En la primera, reclama a la entidad aseguradora, diversas cantidades deri-

vadas del saldo deudor a favor de don A. C. G. a 20 de junio de 1978 (fecha del despido) y por comisiones de cartera y sus diferenciales por aumentos de prima desde el 21 de junio de 1978 hasta el día de su fallecimiento, el 6 de octubre de 1992. De igual forma también solicita que se condene a dicha entidad al pago de 300.000.000 de pesetas como indemnización de daño moral y económico ocasionado a don A. C. G. con la interposición de la querrela criminal. En la segunda demanda, repite la misma petición de abono de 300.000.000 de pesetas esta vez contra la otra entidad mercantil, MPVRE. Por auto judicial se acordó la acumulación de los dos procesos civiles. El Juzgado de Primera Instancia aceptó la excepción de prescripción opuesta por MPVRE y en consecuencia desestimó la demanda formulada contra ella. En cuanto a la otra entidad mercantil, estimó parcialmente la demanda. En ese sentido, denegó la petición de indemnización de daño moral y económico ocasionado a don A. C. G. con la interposición de la querrela criminal, y sólo condenó a la aseguradora al abono de parte de las cantidades reclamadas por los otros conceptos. Apelada la sentencia, por ambas partes, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso presentado por la actora y en cuanto a la parte demandada admitió parcialmente el recurso en lo referente a la absolución del pago respecto a las cantidades reclamada en concepto del saldo deudor a favor de don A. C. G. a 20 de junio de 1978 manteniéndose el resto de los pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo lo desestima. (C. O. M.)

38. Jurisdicción laboral: director de fábrica que establece insuficientes retenciones a los obreros a efectos del IRPF: reclamación de daños y perjuicios por la empresa: ámbito propio del contrato laboral.—El demandado estaba unido con un contrato laboral con la firma *Industrias R., S. A.*, cuyo objeto era la dirección de un objeto fabril; la actuación denunciada consistió en fijar la cuantía de la retención del IRPF de los trabajadores, lo cual constituía ejercicio de sus funciones laborales y como director de la fábrica, que no puede quedar exenta de ciertas operaciones burocráticas derivadas en su relación con el gestor de nóminas; en consecuencia lo actuado está dentro e inequívocamente del ámbito propio del contrato de trabajo, de lo que deriva que la jurisdicción laboral debe determinar el estudio y resolución de la presente contienda, ya que dentro de la civil no se puede apreciar en tal conducta una extralimitación con entrada en el área de la responsabilidad extracontractual. Esta Sala debe asumir la instancia y determinar que la jurisdicción competente es la laboral, a tenor del artículo 2.1.a) del RD L 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del procedimiento laboral, sobre todo porque la contienda se desenvuelve dentro del área de la responsabilidad contractual. (STS de 7 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Mientras el Juzgado de Primera Instancia absuelve al director de la empresa, de la reclamación interpuesta contra él con base en el 1902 CC, la Audiencia Provincial le condena a abonar las diferencias que había establecido la Inspección de Tributos del Estado en relación con las retenciones en las nóminas del personal a

efectos del IRPF. Se estima el recurso de casación declarando la indudable competencia de la jurisdicción laboral. Curiosamente la sentencia invoca las SS de 12 de noviembre de 2004 y 18 de noviembre de 2005 referentes a accidentes laborales, cuya doctrina constituye, obviamente, *obiter dicta*. (G. G. C.)

39. Incompetencia de la jurisdicción para resolver sobre una reclamación relativa a accidente de trabajo y fundada exclusivamente en normas de Derecho laboral.—Es verdad que conforme a la jurisprudencia de esta Sala cabe en materia de accidentes de trabajo la posibilidad de acciones ejercitadas ante la jurisdicción laboral y ante la jurisdicción civil, con apoyo respectivo en la responsabilidad contractual dimanante del contrato de trabajo o en la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en atención a la compatibilidad de indemnizaciones originadas en ambos ámbitos. En resumen, como expresa la STS de 19 de julio de 2005, debe quedar claro que, en cuanto a las consecuencias civiles derivadas de un accidente laboral (respecto al que el trabajador afectado por él, o sus herederos, de haber el mismo fallecido a sus resultas, habiendo sido ya satisfechos indemnizatoriamente por las normas de trabajo –Seguridad Social–), puede instarse una reclamación complementaria en el «orden civil», y que ésta debe basarse inexorablemente para su amparo en normas meramente civiles (por lo tanto, excluidas ya las laborales), concretamente, en Derecho común, las de los artículos 1902 y 1903 CC. Empero, la cuestión que, en el caso, se suscita no tiene parangón con la doctrina sobre compatibilidad de indemnizaciones o posibilidad de ejercicio de acciones ante los ordenes jurisdiccionales laboral y civil, puesto que la demanda se sustenta en una pretensión basada en el contrato de trabajo, claramente perteneciente al orden social, con referencia al incumplimiento de normas laborales, concretamente, la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de marzo de 1971, y vigente en el momento del accidente, relativa a distancias de seguridad y protección sobre contactos en las instalaciones y equipos eléctricos. Según determina el juzgador de instancia, no ejercitándose en el caso de autos acción de responsabilidad extracontractual, que expresamente excluye el actor en su demanda, en cuyo caso la jurisdicción ordinaria sería la competente, sino fundándose en el incumplimiento de la normativa laboral, ha de concluirse que la competente es la jurisdicción social y no la civil, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (STS de 6 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Un trabajador demanda a la herencia yacente y herederos desconocidos de su difunto patrón reclamando indemnización de los daños sufridos como consecuencia de un accidente de trabajo. El Juzgado dictó el sobreseimiento de los autos. La Audiencia desestimó las apelaciones promovidas por el actor y las herederas demandadas. Desestima el recurso de casación el Tribunal Supremo al considerar infundado el defecto de jurisdicción que alega el trabajador. (R. G. S.)

40. Principio de unidad de la culpa civil.—«El principio de unidad de culpa civil lleva a la conclusión de que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de extracontractual o viceversa. Ahora bien, la aplicación de esta doctrina exige que los hechos originadores de la responsabilidad civil se hayan producido en el ámbito de una relación obligatoria entre las partes [...]».

Dies a quo del plazo prescriptivo de la acción indemnizatoria por culpa extracontractual cuando se ha dictado un auto ejecutivo.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria cuando se ha emitido el auto ejecutivo es el de la fecha del citado auto, teniendo en cuenta que no se cuenta desde la fecha o notificación del auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales, sino desde la fecha o notificación del auto llamado de fijación de cantidad máxima. (STS de 23 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La parte actora formula demanda de reclamación de daños y perjuicios contra una compañía aseguradora y un particular, mediante la cual solicita se condene solidariamente a los demandados al abono de la cuantía de 9.374.064 pesetas como indemnización por las lesiones que sufre como consecuencia de haberse desbocado el caballo que montaba y que era propiedad de la demandada, asegurado por la entidad Mapfre. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por la parte actora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial procede a desestimar el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de determinar si resulta aplicable al caso la doctrina relativa al principio jurisprudencial de la unidad de la culpa civil. Numerosos son los problemas existentes en relación a la delimitación del ámbito propio de responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, produciéndose en la práctica determinadas situaciones en las que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que supone un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum indemnizatorio*. Para la mayoría de la doctrina resulta erróneo entender que si

el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, y el órgano jurisdiccional funda su decisión en normas de culpa distintas de las invocadas, éste incurra en incongruencia. La *causa petendi* se define por el relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica, ni en las normas de aplicación. De este modo, surge el principio jurisprudencial de la *unidad de culpa civil*, siendo así que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, y proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos [SSTS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/2660), 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240), 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854), 23 de diciembre de 1952 (RJ 1952/2673), 24 de marzo de 1952 (RJ 1952/1209)].

En relación al cómputo del plazo de prescripción cuando se ha dictado auto ejecutivo es doctrina jurisprudencial reiterada que la iniciación del cómputo del plazo de prescripción aplicable a la acción no ha de ser referida al auto de sobreseimiento del proceso sino al de la notificación del llamado «*auto ejecutivo*» [SSTS de 2 de julio de 1979 (RJ 1979/2915), 23 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4624), 13 de noviembre de 1982 (RJ 1982/1508), 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4547)]. (L. Z. G.)

41. Culpa contractual o extracontractual. Accidente producido en un parque acuático al deslizarse la víctima por un tobogán.—Para que pueda deducirse responsabilidad por *inversión de la carga de la prueba*, por la doctrina del riesgo o por la de la responsabilidad objetiva, hay que partir de una culpa atribuible al agente, aun en el grado de exigencias mínimas.

Casos en que procede una nueva valoración de la prueba en casa-ción.—Cuando exista error de Derecho, citando expresamente los preceptos afectados que se entienden erróneamente valorados, o cuando la valoración del juzgador fuese irracional, arbitraria o descabellada. (STS de 10 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Debido a las lesiones sufridas por una caída en un parque acuático, la víctima demandó a la entidad mercantil titular del parque y a su compañía aseguradora, por la cantidad de 19.430.000 pesetas con carácter solidario, al entender que las instalaciones del parque eran defectuosas y que no disponía de los medios de asistencia sanitaria adecuados.

No quedó probada la existencia de defectos que provocara la caída o golpe de la víctima, ni tampoco que su estancia en el parque acuático fuera la causa de sus lesiones.

Tanto el juzgado como la audiencia desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandante. (I. D.-L.)

42. Culpa extracontractual: muerte de obrero en accidente laboral: compatibilidad entre responsabilidad contractual y extracontractual.—Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que el juzgador puede intercambiar ambas acciones de responsabilidad sin necesidad de incurrir en incongruencia. Así las SS de 18 de febrero de 1897 y 8 de abril de 1999, dicen que son conocidas las dificultades —reconocidas doctrinalmente— de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y contractual, que en muchas ocasiones tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio; con excepciones la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas; la *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en caso de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea conforme al concepto de unidad de culpa.

Ausencia de nexo causal.—Dicen las SS de 30 de noviembre de 2001 y 7 de junio de 2002 que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente en casos singulares un juicio de probabilidad cualificada, teniendo en cuenta que este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contrario a un criterio de legalidad o buen sentido. En el presente caso el nexo causal está fijado en la sentencia en base a una serie de conjeturas de las que se infieren unas consecuencias que han de ser calificadas como contrarias a un criterio de buen sentido. (STS de 30 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Se considera probado que el obrero falleció por causas no naturales cuando trabajaba por cuenta de la empresa demandada; no consta acto alguno de la víctima contrario al correcto desarrollo de su trabajo; el cadáver presentaba signos de quemaduras; había un rudimentario sistema de combatir el frío, consistente en un simple caldero con brasas en su interior, y se trabajaba a la intemperie, con la prenda de abrigo puesta. La Audiencia Provincial estimó que había relación de causalidad entre la muerte y la conducta culposa de la empresa ya que cabía deducir que alguna medida de seguridad en el trabajo dejó de observarse, lo que niega radicalmente la sentencia extractada, absolviendo a la empresa.

Discrepo de la solución adoptada por el Tribunal Supremo, pues anteriormente en casos similares la jurisprudencia de la Sala 1.^a ha declarado la responsabilidad de la empresa por la muerte accidental del obrero; aunque no hay datos completos de los fundamentos de derecho de la sentencia de apelación, parece que estaríamos ante un supuesto de *probabilidad cualificada* a que alude la sentencia extractada. (G. G. C.)

43. Relación de causalidad. Cuestión de hecho.—La fijación del nexo causal en su primera secuencia (material) tiene carácter indefectiblemente fáctico y por ende probatorio. El posterior juicio de imputación (causalidad jurídica-adequación) es revisable como *questio iuris*.

Actividades de riesgo. Prueba de la diligencia.—En el supuesto de que una persona maneje dispositivos objetivamente peligrosos para los demás, produciéndose un resultado dañoso en los perceptores, es a quienes los manejan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas. (STS de 23 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los demandantes exigen el pago de una indemnización de daños y perjuicios a la propietaria del ácido clorhídrico que escapó de una de las cubas en que se encontraba.

En abril de 1995 *Productos Químicos Sevillanos, S. A.*, adquirió de ELNOSA una determinada cantidad de ácido clorhídrico que fue enviada a Santa Cruz de Tenerife, desde Vigo, en unas cubas que cumplían las condiciones exigidas para realizar el transporte de mercancías peligrosas. Las cubas fueron transportadas hasta el almacén de *Productos Químicos* donde, sin más manipulación que la de separar el tractor camión, quedó depositada en el almacén sin vigilancia.

El escape de ácido produjo daños en el semirremolque propiedad de uno de los demandantes y en la nave contigua propiedad del codemandante. (B. F. G.)

44. Culpa extracontractual: accidente laboral: lesiones graves con secuelas: autónomo subcontratado por la empresa para colocar tejas: absorción de la culpa de la víctima.—La sentencia recurrida declara que la víctima del accidente, a pesar de su condición de trabajador autónomo, no estaba trabajando de manera autónoma en la obra, sino que lo hacía en régimen de igualdad con otros operarios que sí eran trabajadores por cuenta ajena de la empresa contratista, aunque el contrato que le unía con ella no fuese de naturaleza laboral; dicho trabajador contribuyó en un 50% en la producción del resultado dañoso, toda vez que su condición de trabajador autónomo, y su confesada experiencia en el retejado de cubiertas le obligaba a exigir del contratista las medidas de seguridad colectivas y a adoptar por propia decisión otras medidas de seguridad de carácter individual, habiendo reconocido que no llevaba casco ni tenía puesto el cinturón de seguridad, por lo cual las indemnizaciones deben ser reducidas a la mitad. Sin perjuicio de la contradicción en que incurre la sentencia de instancia al calificar la cualidad laboral

de la víctima, procede examinar cuál de las culpas ha constituido el fundamento exclusivo del resultado, o, más bien, si tuviese acusado relieve y entidad suficiente una de ellas para absorber cualquier otra culpa concurrente. En el presente caso la omisión negligente de la empresa contratista ha quedado demostrada, porque no existían sistemas de protección colectiva en la obra, tales como redes o barandillas de protección u otros elementos a quienes trabajaban en la cubierta del edificio, ni ubicado allí medios de sujeción para el enganche de los últimos. En este caso procede la absorción de la culpa del perjudicado por la del empresario, dada la magnitud de ésta, lo que provoca la condena de dicha entidad, sin disminución de su obligación indemnizatoria. (STS de 7 de abril de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

NOTA.—La noción de absorción de la culpa del dañado por la culpa del autor del daño, fue acogida tempranamente por la Sala 1.^a (así la antigua S de 18 de enero de 1936 en un caso de colisión de un tren con un automóvil en un paso a nivel), pero no ha tenido reflejo legislativo, siendo escasa la atención prestada por la doctrina. En el presente caso hay un factor que distorsiona la calificación del hecho pues queda probado que el obrero accidentado es un especialista en el retejo de cubiertas. Tal circunstancia permite argumentar sobre una mayor diligencia por su parte a la hora de descargar el camión que transportó las tejas al lugar de su instalación. En realidad el accidentado trabaja en el retejo con la misma cualidad que los demás compañeros y la negligencia de la empresa es palmaria y grave. Acertada estimación del recurso. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: daños en viviendas por explosión de bombonas de butano: relación de causalidad: imputación objetiva.—Desde el punto de vista de la causalidad física, aspecto que por su carácter fáctico corresponde examinar con carácter exclusivo al tribunal de instancia, aparece probado que los daños causados se produjeron como consecuencia de una explosión de una bombona de gas, producto de una fuga anormal de este elemento y de su acumulación en un espacio cerrado, sin rejilla de ventilación. La llamada imputación objetiva consiste en el juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado de daños producido es objetivamente atribuible a la recurrente como consecuencia de su conducta o actividad en función del alcance de las obligaciones contractuales correspondientes a la misma, del incumplimiento de sus deberes en el marco extracontractual y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros cánones de imputabilidad, como los relacionados con la obligación de soportar los riesgos normales de la vida y los derivados de la propia conducta o de la de aquellas personas de las que se debe responder. Es obvio que el hecho de que no se conocieran las causas exactas que desde el punto de vista técnico produjeron la explosión no impide, partiendo de la existencia de una relación de causalidad desde el punto de vista físico con el mal funcionamiento de la bombona de butano instalada, llegar a una consecuencia de imputación objetiva de los daños producidos como consecuencia del siniestro a la compañía fabricante de la misma y responsable de inspeccionar la correcta instalación.

Negligencia de la empresa suministradora: ausencia de culpa del perjudicado.—Incurrió en un doble género de negligencia, suficientemente relevante desde el punto de vista de la imputación objetiva, por una parte, omitiendo la información debida a los usuarios, y, por otra, la existencia de un grave defecto en la instalación en que se produjo la explosión, que también apareció en otras instalaciones, consistente en la falta de rejilla de ventilación necesaria para impedir la acumulación de gases en casos de fuga. En cambio, se llega a la conclusión de que no ha existido conducta alguna por parte del usuario de la instalación en que se produjo la explosión a la cual pueda resultar atribuible ésta. En este caso resulta innecesario acudir al artículo 28 de la LGDCU de 1984. (**STS de 29 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar que confirma y profundiza reiterada jurisprudencia, y de la que, en apariencia, parece distanciarse la STS de 21 de marzo de 2006 en supuesto análogo, antes de entrar en vigor la Ley de 1994, y referida a la explosión de una minibombona de gas instalada en la habitación de una Residencia de ancianos. (*G. G. C.*)

46. Inexistencia de responsabilidad civil por exclusión de la imputación objetiva en atención a los riesgos generales de la vida.—«[...] El comportamiento humano en la generalidad de los casos implica soportar los pequeños riesgos que una eventual falta de cuidado y atención comporta en la deambulación por lugares de paso, por lo que, cuando se aprecia dicha omisión, cabe bien la moderación de la responsabilidad del causante mediante la introducción del principio de concurrencia de culpas, bien la exoneración del causante por circunstancias que excluyen la imputación objetiva cuando el nacimiento del riesgo depende en medida preponderante de aquella falta de atención [...]» [STS de 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9883), STS de 2 de marzo de 2006]. (**STS de 2 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora presenta demanda de responsabilidad civil contra una entidad mercantil y un Ayuntamiento por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados al tropezar con una manguera de riego que se encontraba atravesada en la acera, sin ningún tipo de señalización, que fue colocada por la empresa que tenía encomendada el cuidado de los jardines, en virtud de una relación contractual existente con el Ayuntamiento. El Juzgado de Primera Instancia apreció concurrencia de culpa en la propia víctima, y condenó a la empresa demandada, que no al Ayuntamiento, al pago de una indemnización de daños y perjuicios, más intereses legales. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la mercantil al entender que el accidente se debía a una total falta de previsión por parte de la víctima, con creación de peligro por la demandada mínimo o nulo, pues la lesionada al pasar por primera vez, había soslayado el obstáculo, cuyo pequeño tamaño no obliga a señalizarlo; y cuando poco después volvió a pasar por el mismo lugar no miró el suelo y por su inadvertencia tropezó con él. La parte actora interpone recurso de casación.

NOTA.—No puede aceptarse la posición sostenida por la parte recurrente en virtud de la cual la responsabilidad extracontractual se configura como responsabilidad objetiva, instrumentada mediante la inversión de la carga de la prueba, puesto que la jurisprudencia lo admite únicamente cuando se trata de daños causados como consecuencia de la realización de actividades de riesgo. La colocación de una manguera de pequeño tamaño en la vía pública para el riego de los jardines no supone un riesgo extraordinario que pueda justificar la inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados. Se debe examinar, por tanto, si se advierte la existencia de una conducta negligente imputable a los trabajadores. Sobre este particular, parece evidente que no resulta exigible por razones de prudencia una señalización especial de la citada manguera cuando existe una presencia visible de los trabajadores encargados de su manejo apta para llamar la atención sobre la posible existencia de obstáculos habituales en el ejercicio de las labores de riego. Quiere ello decir que, ante estas circunstancias, deben soportarse los riesgos derivados de una eventual falta de atención. (*L. Z. G.*)

47. Responsabilidad civil: objetivación. Caso específico: accidente laboral.—El carácter objetivo de la responsabilidad civil se acentúa cada vez más, tal y como recuerda la STS de 29 de abril de 2004; uno de sus exponentes está constituido por la responsabilidad por accidentes de trabajo.

En la sentencia analizada se reproducen diversas Sentencias del Tribunal Supremo de las que cabe extraer las siguientes ideas, relacionadas con la objetivación de la responsabilidad civil en general y del empresario en particular: (1) los empresarios deben extremar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas las circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo; (2) quien ha actuado imprudentemente está obligado a demostrar el haber adoptado todas las medidas a su alcance para evitar la producción de daños que el riesgo establecido conlleva y resultan previsibles; (3) en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia del causante del daño salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo así como que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad, pues en otro caso sólo puede apreciarse cierta compensación traducible en moderación del montante económico a satisfacer.

Accidente laboral: casos de la competencia de la jurisdicción civil.—Se produce cuando la demanda no se funda en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC. (**STS de 31 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La presente sentencia tiene su origen en un accidente laboral acaecido en una mina. Las demandantes, cónyuge e hijas menores del fallecido, reclaman una indemnización de daños y perjuicios a los dos técnicos encargados de la dirección y la vigilancia de la correcta ejecución de los trabajos, y a la compañía aseguradora.

El fallecido era barrenista y se encontraba trabajando en una galería que se había hundido recientemente; durante el descanso, se produjo la caída de una piedra de 30 Kg. Cuando el citado barrenista se encontraba acuñando un costero se produjo el desprendimiento del costero mayor de unos 3.000 Kg que le atrapó de lleno ocasionándole la muerte. (B. F. G.)

48. Responsabilidad extracontractual. Imposibilidad de trasladar la teoría del riesgo a la práctica deportiva no organizativa.—«La idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias peligrosas, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto de la culpa. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el jugador es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en la actuación de los demás». (STS de 9 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se condene a los demandados (aseguradora y jugador) a indemnizar a las demandantes (mujer e hija del fallecido), conjunta y solidariamente, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de don E. W., a consecuencia de recibir el impacto de una pelota lanzada por otro jugador mientras se hallaba practicando golf. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada en la instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso, al considerar que el jugador demandado no actuó de forma negligente, puesto que jugaba en su respectiva calle, cumpliendo la norma de seguridad propia de la actividad desarrollada, encontrándose el fallecido fuera del alcance visual de éste. La parte actora en la instancia interpone recurso de casación.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en relación a la responsabilidad por riesgo, que no es posible objetivar la responsabilidad en todos los supuestos en que se haya causado un daño, sino que ha de ser tenida en cuenta siempre en relación al caso concreto. En el supuesto de competiciones deportivas no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial que ha dado lugar a este régimen especial de responsabilidad extracontractual, al considerarse que el riesgo particular que la práctica de deportes conlleva para la integridad física en ningún caso resulta equiparable al que sirve de fundamento, según la jurisprudencia, a los casos a los que resulta aplicable una responsabilidad objetiva. En materia de juegos o deportes la idea del riesgo va ínsita en los mismos y, por tanto, quienes deciden practicarlo asumen ese riesgo, siempre y cuando la conducta de los participantes no traspase los límites normales, debiendo imperar las reglas de prudencia [STS de 22 de octubre de 1992].

Estos supuestos deben reconducirse al artículo 1902 CC, precepto que aun considerablemente objetivizado por el Tribunal

Supremo, no resulta aplicable en esta línea a las competiciones deportivas, puesto que el riesgo particular que se deriva de una actividad de este tipo implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea de riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura de responsabilidad, en los que el peligro de su puesta en funcionamiento se encuentra compensado por el beneficio que se reporta a la sociedad en general. En estos casos el daño no se atribuye a un sujeto en atención a su participación, sino según criterios derivados del riesgo. La responsabilidad se socializa porque no sólo incluye a sujetos identificados sino también a aquellos que han creado el riesgo del que se ha derivado el daño. O, simplemente, porque obteniendo un beneficio con las actividades perjudiciales, se considera que deben soportar las cargas que la actividad conlleva, lo que no resulta de aplicación al caso objeto de estudio [Al respecto, *vid.* Roca, E., *Derecho de daños*, Valencia, 2007].

Por consiguiente, en los casos de prácticas de juego o deportivas que no se correspondan con deportes de masa, tal y como establece el artículo 1902 CC, la mera producción del daño no es suficiente para imputarlo a quien lo causa sino es como consecuencia de una acción u omisión negligente o culposa, atribuible al que se pretende responsable. (*L. Z. G.*)

49. Baremos de valoración del daño corporal. Ámbito de aplicación.—Los baremos de valoración del daño corporal de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, han sido configurados para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades propias (STS de 20 de junio de 2003). La doctrina jurisprudencial muestra reticencias en cuanto a la aplicación del baremo fuera de los casos de circulación de vehículos de motor (*vid.* SSTs de 26 de marzo y 24 de mayo de 1997 y 22 de julio de 2004). La S de 26 de febrero de 1998 rechazó la vinculación a los límites máximos establecidos por el RD Ley 9/93. La S de 6 de noviembre de 2002 rehusó la aplicabilidad de la OM de 5 de marzo de 1991, antecesora del vigente sistema, a efectos de limitar las indemnizaciones por fallecimiento de un trabajador. La STC de 29 de junio de 2000, 181/2000 declaró el carácter vinculante del sistema, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor.

Inexistencia de un «derecho a la reparación integral».—En base al artículo 1902 CC no existe un «derecho a la reparación integral» que pueda reconocerse fuera de los mecanismos de fijación y decantación. Tampoco deriva este derecho ni se comprende en el derecho a la «tutela judicial efectiva» del artículo 24 CE, que se refiere, además de a las garantías específicas del proceso penal, al derecho de acceso a los tribunales, al derecho al juez predeterminado en la Ley, y al llamado «derecho al proceso debido». (**STS de 2 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Mientras participaba en un baile de carnaval que se celebraba en una discoteca por causas que se desconocen, a doña Ana, de veinticinco años de edad, que portaba como disfraz un vestido con falda de varios velos y cuerpo confeccionado con tela no ignífuga y fácilmente inflamable, se le incendió la parte trasera de

la falda sin que el fuego pudiese ser controlado por la víctima o por las personas que la rodeaban, hasta que transcurrido un tiempo no determinado (entre los 105 segundos y varios minutos) una persona que trabajaba para el casino logró apagarlo utilizando un extintor. Con motivo de este accidente, doña Ana sufrió quemaduras de segundo grado superficial y profundo y tercer grado en mano derecha, brazos, espalda y tórax, estando de baja durante 714 días y quedándole como secuelas cicatrices inestéticas. El local, aunque tenía licencia administrativa para celebrar bailes familiares para socios y familias, carecía de licencia de actividad para funcionar como discoteca.

Doña Ana presentó demanda contra *Mutua General de Seguros* y contra la *Asociación Casino Alianza del P. N.* en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se condenase a los demandados solidariamente al pago de la cantidad de veinte millones de pesetas, más adicionalmente otros diez millones a la asociación, como indemnización por los daños sufridos. Asimismo solicitaba que se condenara a *Mutua General de Seguros* a satisfacer el interés del 20% del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro (sobre el capital de veinte millones de pesetas), y a la asociación demandada al pago de los intereses legales del resto (diez millones de pesetas), y a ambos demandados al pago de las costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de 12.000.000 de pesetas y a las costas. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la *Asociación Casino de la Alianza del P. N.* y por la *Mutua General de Seguros* y desestimó el interpuesto por doña Ana y, estimando en parte la demanda, condenó solidariamente a las demandadas a abonar a la actora la suma de 10.248.000 pesetas «debiendo la compañía de seguros *Mutua General* satisfacer además desde el día 1 de junio de 1992 un interés anual del 20% hasta el total pago, y la demandada *Casino de la Alianza del P. N.* el interés previsto en el artículo 921 LECiv desde esta fecha», sin imposición de las costas en ninguna de las instancias.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que la fijación del *quantum* se entiende como cuestión de hecho reservada al Tribunal de instancia (entre otras, *vid.* SSTs de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 15 de marzo de 2001 y 11 de noviembre de 2003) y sólo procede la revisión casacional cuando las bases resulten erróneas o se hayan modificado por error en la valoración de la prueba (SSTs de 24 de marzo de 1998, 31 de enero de 2001 y 5 de diciembre de 2000, entre muchas otras).

Respecto a la aplicación del artículo 20 LCS, que condena a la aseguradora al pago de intereses moratorios, la jurisprudencia ha reiterado que estos intereses tienen carácter sancionatorio porque la norma parece dictada para atajar la posibilidad de utilizar el proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente. El Alto Tribunal ha restringido sus efectos a la hora de interpretar el presupuesto de la mora, ciñéndola a la constatación de una conducta irresponsable del asegurador y a la carencia de justificación del retraso (SSTs de 10 de diciembre

de 2004 y 28 de enero de 2005), al considerar como causas justificadas la polémica o discusión sobre la existencia del siniestro o la incertidumbre sobre el importe de la indemnización. No obstante, también ha declarado el Tribunal Supremo que carece de justificación la mera oposición al pago (SSTS de 7 de mayo de 2001, 25 de abril de 2002 y 8 de noviembre de 2004) y las maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, y se ha de proceder a un análisis puntual de lo ocurrido en el caso. (*M. C. L. J.*)

50. Prescripción extintiva de la acción por culpa extracontractual. Inicio del plazo de prescripción. Necesidad de que el perjudicado conozca el alcance real de las lesiones producidas.—Mientras permanece la actividad médica en el sentido de la posible curación de las lesiones no se inicia el plazo de prescripción. Éste sólo empieza a correr a partir del diagnóstico final, pues sólo en base a su resultado y alcance del mismo (bien sobre la incapacidad temporal, en caso de curación, bien sobre ello mismo unido a las secuelas o incapacidades resultantes), se pueden reclamar los daños y secuelas y realizarse su cuantificación indemnizatoria.

Lesiones producidas por caída de caballo de montar. No es posible fundamentar en el artículo 1905 CC la responsabilidad del propietario del picadero.—El poseedor del animal responsable de los daños a terceros, según el artículo 1905 CC, no es el dueño del mismo, sino el que efectivamente lo monta, es decir, aquí lo sería el propio jinete, por lo que a través de dicho precepto no se puede responsabilizar al dueño del negocio.

Responsabilidad del dueño del picadero por las lesiones producidas al jinete por caída durante la clase de monta. Posibilidad de accionar por culpa extracontractual (art. 1902 CC) o contractual.—Aunque es posible fundamentar la responsabilidad del propietario del picadero sobre la base de la culpa extracontractual, nada impide apreciar la responsabilidad de éste en la existencia de culpa contractual. En ese sentido, el nexo jurídico que une al jinete y la empresa propietaria del animal montado es contractual, de alquiler de éste (contrato de transporte) y de dirección por instructor (contrato de arrendamiento de servicios). Dicha relación obliga al propietario del picadero a devolver al jinete sano —salvo enfermedad repentina— al final del trayecto.

Alcance de la responsabilidad a la compañía aseguradora. Contrato de seguro que se configura en relación a los daños sufridos en la monta de caballos.—La indemnización es exigible también, en el límite de la cobertura del seguro pactado, a la aseguradora ya que en las condiciones particulares de la Póliza de Responsabilidad Civil se configura el contrato en relación a caballos para excursiones y alquiler. Es decir, se contrata, en orden a la responsabilidad civil de un grupo o empresa de alquiler, por los daños sufridos en la monta de caballos, por lo que el seguro se extiende a los daños que se produzcan a los «montantes». (**STS de 8 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La parte actora reclama una indemnización por las lesiones sufridas cuando practicaba equitación con un caballo arrendado a la empresa del demandado. Concretamente los hechos que originan el litigio suceden cuando el demandante iba en un grupo guiado, y con un instructor, se le desboca el caballo y cae al suelo produciéndose gravísimas lesiones. Los demandados son el

propietario del establecimiento abierto al público para el alquiler de caballos y la empresa aseguradora que concertó con él una póliza de responsabilidad civil. El accidente ocurrió el 6 de diciembre de 1993, el alta hospitalaria del actor tiene fecha de 3 de febrero de 1994 y la demanda se presentó el 16 de junio de 1997. Sin embargo con posterioridad al alta hospitalaria el demandante siguió recibiendo tratamiento médico. El último informe realizado sobre las secuelas que padece tiene fecha de 22 de abril 1997. El Juzgado de Primera Instancia acogió la excepción de prescripción extintiva y desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto. La Audiencia Provincial de Ávila revoca la sentencia del Juzgado y estima parcialmente la demanda condenando a los demandados, al pago de 10.082.934 ptas, limitando la responsabilidad de la aseguradora a la suma de 10.000.000 pesetas, determinando además que sobre dichas cantidades se aplicarán los intereses del artículo 921 LEC 1881. Presentado recurso de casación el Tribunal Supremo lo desestima. (C. O. M.)

51. Responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. Criterio de imputación. Teoría de la causalidad adecuada. Determinación de la causa de acuerdo con las circunstancias concurrentes.—La responsabilidad no existe en tanto no se ha producido un acto u omisión ilegal y una relación de causalidad adecuada entre la venta realizada y el daño sufrido por el menor, que exige, para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y eficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo o de objetivar absolutamente la responsabilidad extracontractual en la que sustenta la acción ejercitada, lo que no es posible en un sistema que descansa en un principio culpabilístico como es el que sanciona el artículo 1902 CC (SSTS de 14 de julio y 6 de septiembre de 2005 y 27 de enero y 15 de febrero de 2006).

Fuerza expansiva de la solidaridad. Extensión de los efectos absolutorios de la sentencia al condenado que no la recurrió en casación.—Los efectos de la actuación procesal de los condenados alcanzan a los coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, y que hace de toda lógica que la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que, por la misma causa, con el fueron solidariamente condenados. Doctrina aplicable al caso presente en que la estimación del recurso interpuesto se funda, no en causas subjetivas afectantes a la recurrente, sino en la inexistencia de culpa en quienes vendieron el producto a los menores y, consecuentemente, en la falta de obligación de reparar los daños producidos como resultado de la actuación negligente de todos ellos, origen de las actuaciones.

Responsabilidad por hecho ajeno. Sistema de responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva.—La responsabilidad declarada en el artículo 1903 CC, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su

potestad, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia.

Doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria. Criterio de imputación objetiva y común del daño.—La existencia de un acuerdo de voluntades para desarrollar la actividad creadora del riesgo sirve como criterio de imputación objetiva y común del daño, repercutible en los padres de los menores. Todos los menores mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo; responsabilidad que se debe imputar de una forma solidaria a cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes —los padres de los menores causantes del daño—, cuando todos contribuyeron causalmente a su producción y no es posible deslindar la actuación de cada uno en el evento nocivo. **(STS de 19 de julio de 2005;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En julio de 1993 un grupo de menores que veraneaba en un camping, y actuando siempre de consuno, compró unas botellas de sulfamán destinadas a realizar un experimento consistente en hacer explotar una botella de refresco. Terminadas sus probaturas, los menores guardaron el líquido restante en unas cañerías de una obra que se desarrollaba en el mismo camping. Allí fue hallada por otro grupo de niños de más corta edad, vertiéndose el líquido de forma accidental sobre el hijo de los actores, produciéndole graves lesiones en el ojo izquierdo, con pérdida total de la visión del mismo, y en la cara. Los padres del menor lesionado demandaron a los padres de los cinco menores que habían comprado y utilizado el producto en cuestión, así como a dichos menores; también demandaron a los dependientes que vendieron el producto en el establecimiento; a la compañía explotadora de dicho supermercado; a la empresa titular del camping donde se produjeron los hechos; así como a las compañías aseguradoras de estas dos últimas sociedades. La base de la reclamación era la responsabilidad extracontractual ex artículos 1902 y 1903 CC en que habrían incurrido cada uno de los demandados, bien por culpa *in vigilando*, bien por culpa *in eligendo*, a consecuencia de los daños padecidos por la víctima. El Juzgado de Primera Instancia condenó exclusivamente a los padres de los menores y a sus hijos que adquirieron el producto, absolviendo al resto de los demandados. La Audiencia Provincial de Gerona estima el recurso de apelación de los actores y condena a todos los demandados, excepto a dos padre y sus respectivos hijos. Esta sentencia fue recurrida en casación tanto por los demandantes como por la empresa explotadora del supermercado y la aseguradora de esta última. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

52. Culpa extracontractual. Muerte en accidente laboral: la responsabilidad de la empresa requiere relación jerárquica o de dependencia.—Como establece la S de 16 de mayo de 2003, la responsabilidad tipificada en el artículo 1903, párrafo 4.º, CC requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor cau-

sante del daño y la empresa demandada; cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma; aquélla es una responsabilidad directa del empresario (SS de 26 de junio, 6 y 9 de julio de 1984 y 30 de noviembre de 1985). En el presente caso la entidad A. G., S. A., no era contratista de la obra, sino que como dueña del terreno donde había proyectado la edificación de las naves, concertó un contrato de ejecución o arrendamiento de obra con R., S. L. en el que se especificó que la constructora asumía en exclusiva la responsabilidad por daños a terceros y por incumplimiento de condiciones laborales en cuanto a sus empleados, sin que existiera un vínculo dependencia o subordinación entre ambas empresas. El accidente ocurre tras la recepción de la obra por A. G., S. A. aunque dentro del período de garantía, cuando R., S. L., sin que conste que fuera requerida por aquélla, envió al trabajador fallecido y a otro con la finalidad de ultimar unos trabajos de pintura, con ocasión de los cuales se produjo el accidente, resultando así única responsable del accidente. Quedan también exentos de responsabilidad la empresa que adquirió la nave a A. G., S. A. antes de producirse el accidente, y aquélla a quien ésta se la cedió en arrendamiento financiero.

Costas: revisión en casación.—Cabe examinar en casación la infracción del principio del vencimiento en materia de costas procesales, pero no la falta de apreciación de circunstancias excepcionales justificativas de otro pronunciamiento, por ser tal apreciación una facultad del juzgador de instancia que, precisamente por ello, no tiene obligación de ejercer ni de motivar por qué no ejerce. (STS de 6 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: daños y lesiones por explosión de minibombona de gas butano en residencia de ancianos: imputación objetiva.—La doctrina de la imputación objetiva ha sido utilizada por esta Sala como vía para determinar si por parte de los recurridos, en su día demandados, se ha creado un riesgo relevante que les pueda ser atribuido (SSTS de 30 de junio de 2000 y 6 de septiembre de 2005). En consecuencia, para que pueda ser imputada la responsabilidad a las entidades demandadas, los demandantes deberían haber probado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de aquéllas, susceptible de crear un riesgo que originara el siniestro, y el daño causado. Esta prueba incumbe siempre a quien demanda, sea cual sea el criterio que se utilice para imputación de la responsabilidad, el cual ha de basarse en una certeza probatoria, que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (como afirman las SSTS de 2 de abril y 17 de diciembre de 1998).

Inaplicación del artículo 28 LGDCU.—Al tiempo de producirse los hechos no había entrado en vigor la Ley de 1994, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, por lo cual sólo cabía aplicar el artículo 28 LGDCU, que establece un sistema de responsabilidad objetiva para los daños producidos por los supuestos previstos en el párrafo 1.º Pero hay que resaltar también que para ello se requiere asimismo que se haya probado la relación de causalidad. Además, la necesaria garantía de seguridad debe quedar excluida cuando el estado de la ciencia y de la técnica existentes en un momento determinado no permite, a quien produce los bienes, utilizar técnicas más depuradas para evitar los accidentes, sin olvidar, tampoco, que el riesgo puede

generarse por ambas partes, tanto el creador del bien, como el usuario. En este caso no se ha probado la relación de causalidad. (STS de 21 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Hechos extremadamente sencillos cuyo enjuiciamiento causa perplejidad. La lesionada adquiere una cocina de gas butano que funcionaba con bombonas pequeñas, y hallándose en el interior de su habitación de la residencia de ancianos de una Fundación benéfico-particular, para lo cual estaba autorizada por las reglas de esta última, se dispuso a utilizar dicha cocina, cuando se produjo una explosión de la bombona de gas, cuyas exactas causas no se han conseguido probar en el procedimiento. La explosión causó lesiones a la propietaria de la cocina y a otras residentes, así como en las instalaciones de la residencia. Ambas sentencias de instancia desestiman la reclamación de daños, y la sentencia extractada, el recurso de casación con base en la doctrina expuesta. Podría sostenerse que la relación de causalidad aparece demostrada *in re ipsa*, sin más que leer los hechos causantes del daño. ¿No había un contrato de suministro de gas con la empresa vendedora de la cocina? ¿no se había hecho alguna revisión de la instalación? Curiosamente se mantiene, desde la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, una parcial condena a indemnizar los daños a la compañía aseguradora, cuya cuantía y, sobre todo, fundamento no consta. (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: muerte por inhalación de monóxido de carbono en habitación de hostel: defectos del recurso.—El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar en su conjunto la prueba, que es lo verdaderamente pretendido por la recurrente, y únicamente cabe obtener su modificación mediante la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba, con la correspondiente cita de la norma o normas que contengan la regla valorativa de la prueba que se consideren infringidas y la subsiguiente exposición de la nueva resultancia probatoria, nada de lo cual se ha hecho en este caso; causa de inadmisión que en este trance procesal se convierte en causa de desestimación.

Responsabilidad objetiva u objetivada con base en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.—Resulta inaplicable porque no se ha conseguido demostrar la relación de causalidad a partir de los hechos que se declaran probados, y que parten de la consideración de que la causa de la muerte de los dos fallecidos se encuentra sin determinar, siendo así que el *cómo* y el *porqué* se produjo el evento dañoso constituyen elementos indispensables en el examen de la causa del mismo. (STS de 21 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

55. Función del Registrador de la Propiedad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo señala que es función propia del Registrador de la Propiedad proteger el derecho inscrito, evitando que el titular registral pueda resultar perjudicado por un error o una inexactitud en la práctica de los asientos registrales.

Responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el desempeño de sus funciones.—Nuestro Alto Tribunal recuerda que el artículo 296.2.º y 4.º LH establece, en garantía del derecho del titular registral, la responsabilidad civil de los Registradores de la propiedad por los daños y perjuicios que causen, entre otros motivos, por los errores o inexactitudes que cometan en las inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales, así como por el hecho de cancelar inscripciones, anotaciones preventivas o notas marginales, sin el título y los requisitos exigidos legalmente. En estos casos, los Registradores de la Propiedad actúan con negligencia profesional y deben responder civilmente de los daños y perjuicios que su actuación ocasione.

Enriquecimiento injusto: requisitos.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo exige para aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto que exista: *a*) un aumento del patrimonio (o una no disminución del patrimonio) del demandado; *b*) un empobrecimiento del demandante representado por un daño emergente o por un lucro cesante; y *c*) la inexistencia de una justa causa, entendida como aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirlo, ya sea porque existe una disposición legal que así lo prevea o porque existe un negocio jurídico válido y eficaz. (STS de 21 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Sindicatura de la quiebra de la empresa JA, interpuso demanda contra don E. C. F. (Registrador de la propiedad), la entidad IB, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la empresa JA, solicitando se dicte sentencia por la que, entre otras cosas: *a*) se declaren nulas de pleno derecho las cancelaciones de las anotaciones de embargo que se señalan en la demanda; *b*) se expidan mandamientos al Registro de la Propiedad para que se anoten los citados embargos, con el mismo rango que tenían antes de su indebida cancelación; *c*) se condene a la entidad IB a que a su cargo obtenga y embargue al Ayuntamiento de Palma de Mallorca un aval bancario y en caso de no hacerlo se condene a abonar a la masa activa de la quiebra las cantidades que se adeudan por los procedimientos cuya anotación de embargo fue indebidamente cancelada hasta un máximo de 37.061.445 pesetas. Subsidiariamente, para el caso de que no se estimen los anteriores pedimentos, la parte demandante solicita se dicte sentencia por la que se declare que las cancelaciones indebidas de los embargos ha causado a la masa pasiva de la quiebra un perjuicio equivalente a las sumas que por principal, intereses y costas se adeuden en virtud de los procedimientos judiciales que dieron lugar a las citadas anotaciones de embargo hasta un máximo de 37.061.445 pesetas y que se declare que don E. C. F. (Registrador de la Propiedad), la entidad IB y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, adeudan solidariamente a la empresa JA, un determinada cantidad de dinero por principal, intereses y costas, hasta un máximo de 37.061.445 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la petición subsidiaria de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante y por los demandados, la entidad IB y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (la Sindicatura de la quiebra de la empresa JA) y condena al Registrador de la Pro-

piedad, don E. C. F., por haber cancelado indebidamente las anotaciones de embargo que recaían sobre una finca registral que había sido cedida al Ayuntamiento de Palma de Mallorca en 1992. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por los demandados don E. C. F. (Registrador de la Propiedad) y la entidad IB. (*M. J. P. G.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

56. Usucapión extraordinaria. Posesión en concepto de dueño.—La interpretación del artículo 1959 CC, en cuanto que la posesión *ad usucapionem* en la usucapión extraordinaria ha de ser también en concepto de dueño, es la cuestión principal que se discute en el recurso que da lugar a esta sentencia, en la que el Tribunal Supremo vuelve a reiterar su doctrina acerca de que esta posesión no depende de la simple voluntad del poseedor, sino que ha de expresarse a través de actos inequívocos de éste que revelen su intención de haber la cosa o derecho como suya (STS de 19 de junio de 1984 –RJA 3251–, 14 de marzo de 1991 –RJA 2221–, 28 de junio de 1993 –RJA 4791–, 18 de octubre de 1994 –RJA 7721–, 7 de febrero de 1997 –RJA 685–, 29 de abril de 2005 –RJA 3648–, 15 de marzo de 2006, reseñada con anterioridad). (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El procedimiento que da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de esta reseña se inició con motivo de la interposición, por don Juan S. C., de una acción declarativa de dominio e inmatriculación, contra la comunidad hereditaria de don Francisco A. M. —integrada por los demandados don Juan A. C., doña María A. C., don Francisco A. C., don Francisco A. B y don Miguel M. G.—, solicitando que se declarase que había adquirido por usucapión extraordinaria la finca descrita en la demanda y que, en consecuencia, podía inmatricularla en el Registro de la Propiedad a su nombre. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando el dominio del actor sobre la casa. La Audiencia Provincial de Córdoba estimó el recurso de apelación interpuesto por don Francisco A. C., sentencia contra la cual don José M. S. —sucesor de don Juan S. C.— interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara la inexistencia de una posesión en concepto de dueño ostentada por el demandante sobre la finca, que resulta necesaria para adquirir el dominio de un inmueble por usucapión extraordinaria.

NOTA.—El relato de los hechos es algo confuso. Al parecer el actor había celebrado con los demandados un contrato cuya interpretación se discute, y respecto del cual la Audiencia Provincial llega a la convicción de que no se trata de una cesión a título de propiedad de la finca a favor del demandante (presumiblemente, la parte que alegaría tal pretensión), sino de un contrato en el que se le reconocía un derecho de adquisición preferente sobre esa misma finca en caso de venta. La cuestión interpretativa vuelve a plantearse en casación, a través de un motivo en el que el recurrente alega la infracción conjun-

ta de los artículos 1281 y 1282 CC. El Tribunal Supremo desestima este motivo en el FD 1.º del recurso, en el que se recuerda la reiterada doctrina de su Sala Primera respecto a la inviabilidad de la cita conjunta de estos preceptos, en razón del carácter preferencial del primero respecto del segundo. Son afirmaciones del Alto Tribunal las siguientes: «Asimismo tiene declarado esta Sala (SS de 1 de febrero de 2001 y 20 de mayo de 2004, por todas) que la alegada infracción de los artículos 1281 y 1282 CC supone contradicción en cuanto el segundo de ellos sólo entra en juego cuando por falta de claridad de los términos del contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál es la verdadera intención de los contratantes; añadiendo que tales normas tienen el carácter de subsidiariedad en su aplicación». La cuestión más importante que plantea el recurso es la presunta vulneración por las sentencias de instancia de los artículos 1959 y 1941 CC, referidos respectivamente a la usucapión extraordinaria de bienes inmuebles y a los requisitos generales de la prescripción adquisitiva (en concreto, posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida). En opinión del recurrente, la infracción provenía de no haberle reconocido la Audiencia –en contra del criterio del Juez de Primera Instancia– el dominio sobre la finca, adquirido por usucapión extraordinaria, por no concurrir en él la condición de poseedor en concepto de dueño. El Tribunal Supremo desestima el motivo y el recurso, confirmando en todos sus extremos el pronunciamiento de apelación. Con cita de su jurisprudencia anterior, señala que esta posesión *no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tenencia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al «animus domini»*. Como conclusión se afirma que, para ello, «se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador» (FD 2.º). En concreto, esta doctrina se ha construido en supuestos en los cuales el poseedor en concepto distinto al de dueño –con un título personal u ostentando la condición de precarista– pretendía dejar de poseer en este concepto por su sola voluntad. Es obvio que el elemento causal o precedente objetivo al que alude el Tribunal Supremo en ésta y otras sentencias no puede ser un negocio o contrato del que traiga causa la posesión del usucapiente, pues en ese caso dejaríamos reducido este instituto exclusivamente a su variante ordinaria –que exige necesariamente justo título y buena fe ex art. 1940 CC–. Se trata más bien –como la propia sentencia reconoce, con cita en la STS de 3 de junio de 1993– de que la posesión *ad usucapionem* esté basada «en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ello se añadirá la intención de haber la cosa como suya». En realidad, si se examina esta jurisprudencia, se advierte que no sólo es suficiente con estos actos inequívocos por parte del poseedor, sino que esta situación suele coincidir con la *dejación* por parte del *dominus* de sus facultades como propietario. Así, es frecuente –sobre todo en casos, como éste, de interversión del concepto posesorio– que las alegaciones que realiza el usucapiente en este sentido se vean abocadas al fracaso cuando el propietario continuaba pagando la contribución territorial (hoy Impuesto de Bienes Inmuebles) (STS

de 19 de junio de 1984 –RJA 3251–), permanecía como titular en el catastro (STS de 14 de marzo de 1991 –RJA 2221–), solicitaba del Ayuntamiento las autorizaciones necesarias para la apertura de establecimiento mercantil en el inmueble (STS de 15 de marzo de 2006), prohibía al poseedor la realización de mejoras (STS de 19 de junio de 1984 –RJA 3251–), etcétera. (*N. M. I.*)

57. Usucapión extraordinaria. Requisito de la posesión en concepto de dueño.—El tema que se plantea en este procedimiento es la interpretación del requisito de la posesión en concepto de dueño necesario tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria (art. 1941 CC). En concreto, en este supuesto los actores trataban de acreditar cómo habían invertido su concepto posesorio, de simples precaristas (poseedores *alieno nomine*) a poseedores en concepto de dueño. (**STS de 15 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los cónyuges doña María M. T. y don Antonio S. T. entablan demanda contra doña Josefa T. T., titular registral de un edificio, y su sobrino, don Vicente T. S., en la que solicitan que se declare que los demandantes han adquirido por usucapión extraordinaria la planta baja y el entresuelo del edificio, así como la nulidad de la compraventa del inmueble en su conjunto que doña Josefa había llevado a cabo en escritura pública con su sobrino. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por entender que los demandantes habían poseído aquellos elementos como simples precaristas, sin que por tanto concurriera en ellos la condición de poseedores en concepto de dueño que exige el artículo 1941 CC. Lo mismo hace la Audiencia Provincial de Baleares al resolver el recurso de apelación interpuesto por los actores contra la anterior sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo considera, al igual que los órganos jurisdiccionales de la instancia, que no concurre en los demandantes la posesión en concepto de dueño, pues —como quedó probado en autos— la titularidad catastral de la finca estaba a nombre de la demandada primero y, posteriormente, a nombre de su sobrino —adquirente del edificio—. Por otro lado, el pago de la contribución territorial urbana (y luego del impuesto sobre bienes inmuebles) había sido satisfecho también en todo momento por la titular registral del inmueble. En último término, el Alto Tribunal confirma en casación la relevancia que tiene —se refiere así a *algo tan significativo para el tribunal sentenciador*— el permiso que la demandada tuvo que dar en el año 1972, como propietaria y titular registral de todo el edificio, para que el Ayuntamiento autorizara mediante licencia la apertura por los actores-recurrentes del negocio de bodega que explotaban en la parte del edificio ocupada por ellos. En definitiva, el Tribunal Supremo vuelve a confirmar en este pronunciamiento su doctrina acerca de que la posesión en concepto de dueño exige algo más que la simple voluntad de los que anteriormente habían sido poseedores en nombre ajeno para modificar su concepto posesorio (*vid.* en este mismo número, la reseña de la STS

de 30 de marzo de 2006, en la que los antecedentes de esta doctrina jurisprudencial se relatan pormenorizadamente). (*N. M. I.*)

58. Concepto de buena fe referido al derecho de propiedad y a la adquisición por usucapión.—La buena fe consiste en el *desconocimiento de la inexactitud, la creencia de que le corresponde el derecho: ignorancia del vicio (art. 433 CC) o creencia en la ausencia del vicio (art. 1950 CC)*.

Buena fe: cuestión de hecho.—La existencia o ausencia de la buena fe es una cuestión de hecho; la prueba de su inexistencia debe realizarse en la primera instancia y no puede discutirse en casación. La casación no constituye una tercera instancia, sino que tiene por función verificar la correcta aplicación del derecho a los hechos (en este sentido, entre otras, SSTS de 17 de enero y 19 de mayo de 2005).

La infracción de un precepto reglamentario no es motivo de casación.—La infracción de un precepto reglamentario no puede constituir un motivo de casación (SSTS de 7 de abril de 2000; 22 de abril y 4 de octubre de 2002).

Introducción de cuestiones nuevas en casación.—No cabe plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, porque merman *el derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia* (en este sentido, SSTS de 21 de abril de 2003 y 17 de enero de 2005). Las cuestiones que aun habiéndose suscitado en primera instancia no han sido objeto de la apelación, también se consideran cuestiones nuevas en casación, ya que la sentencia que se recurre en casación es la de apelación y no la de primera instancia (SSTS de 26 de noviembre de 2001 y 5 de julio de 2005). (**STS de 30 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La finca matriz núm. 792 fue objeto de dos segregaciones, resultando además de la finca núm. 792, las fincas núms. 793 y 794. El Fondo de Garantía adquiere mediante ejecución hipotecaria el remanente de la finca núm. 792 tras la segregación. La sociedad *N., S. A.*, adquiere por compraventa la finca núm. 793, de 199 hectáreas, aunque en la escritura de compraventa consta que tiene una cabida de 400 hectáreas. La finca núm. 794 es propiedad pro indivisa del Fondo de Garantía, de la sociedad *C., S. A.*, de doña J. y de don M.

La entidad *N., S. A.*, interpone juicio declarativo de mayor cuantía contra el Fondo de Garantía, la sociedad *C., S. A.*, don M., doña J. y don F., solicitando el reconocimiento de su derecho de propiedad, adquirido mediante prescripción, sobre la finca núm. 793 con una extensión de 400 hectáreas y, en consecuencia, su goce pacífico; la modificación en el Registro de la Propiedad de la descripción de las fincas núms. 792, 793 y 794; y la condena al Fondo de Garantía al pago de una indemnización de daños y perjuicios, así como al pago de las costas.

A su vez, el Fondo de Garantía ejercitó una acción declarativa de dominio y reivindicatoria, interponiendo juicio ordinario de mayor cuantía contra las sociedades *N., S. A.*, y *C., S. A.*, así como contra don M. y doña J., solicitando el reconocimiento del pleno dominio y mejor derecho que tiene sobre la finca núm. 792, obli-

gando a la entidad *N, S. A.*, a cesar de inmediato el ejercicio y disfrute de cualquier derecho sobre la referida finca. Solicita además el deslinde judicial del terreno litigioso en tres partes iguales que se integrarán en las fincas núms. 792, 793 y 794 a favor de sus respectivos titulares y que, en consecuencia, se proceda a la rectificación de la inscripción registral de las fincas afectadas y a la condena en costas de los demandados. Ambas demandas fueron acumuladas en un mismo procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por el Fondo de Garantía declarando que éste es propietario de la finca 792 y condenando a la sociedad *N., S. A.*, a cesar en la posesión de la finca. La entidad *N., S. A.*, interpone un recurso de apelación contra la sentencia, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Málaga. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *N., S. A.* (*C. G. G.*)

59. Necesidad de ostentar la condición de comunero –lo que depende de la condición de propietario– para impugnar un acuerdo del constructor del edificio comunitario. Transmisión de la propiedad: teoría del título y el modo.—En segundo lugar y como bien se dice en la sentencia recurrida, cuando en ella se afirma que los actuales propietarios de elementos independientes del inmueble adquirieron los mismos mediante documentos privados, cuando aquella se hallaba en construcción y previo pago de parte del precio, sin que conste y ni siquiera se alegue por la parte demandante que hubieran tomado posesión antes de otorgarse las respectivas escrituras públicas de venta, por lo que cuando se realiza la rectificación de la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal el 3 de diciembre de 1985, en que se deja constancia del sótano al rectificar la declaración de obra nueva, no eran propietarios de los elementos integrantes del edificio y ello es así porque la propiedad plena no se adquiere, en caso de transmisión mediante documento privado, hasta que no tiene lugar la tradición o entrega, que se efectuó en la misma fecha en que se otorgaron las escrituras de compraventa de los distintos elementos independientes. No se discute que tenían contratos privados de venta otorgados por la promotora constructora con anterioridad a que se realizase la escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen en propiedad horizontal y la rectificación de ésta pero estos contratos no prueban más que contrajeron vínculos obligatorios exclusivamente, pues del contrato de compraventa no nacen más que las obligaciones principales de entrega de la cosa y la de pagar el precio convenido (art. 1445 CC). La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio* para ello (arts. 609 y 1095 CC) [...]

De ello se infiere que cuando se realizó la rectificación de obra nueva los ahora comuneros no eran propietarios de su vivienda.

Se dice lo anterior en base a la aplicación conjunta del título y el modo como elementos indispensables en nuestro Derecho para la adquisición de la propiedad, según el artículo 609 CC, que indica que hasta el momento de la firma de las escrituras públicas no habían adquirido la propiedad los comuneros en cuestión.

Y así lo proclama la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias; como son la de 23 de marzo de 2004 que dice: «*Resulta incuestionable, en virtud de la teoría del título y del modo, que para adquirir el dominio no*

es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095, inciso segundo, CC; SS entre otras de 22 de diciembre de 2000, 14 de febrero y 13 de marzo de 2002), y la jurisprudencia tiene reiterado (SS, entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002) que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida».

La S de 10 de julio de 2002 que afirma: *«En el sistema de nuestro CC la compraventa no transmite por sí sola al comprador la propiedad de la cosa vendida, siendo necesaria para que se produzca tal efecto la tradición o entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador, o el otorgamiento de escritura pública como equivalente a la entrega cuando de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario (arts. 609, 1095, 1461 y 1462 CC). En consecuencia la venta mediante documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador (SSTS de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997, 3 de diciembre de 1999 y 13 de marzo de 2002 entre otras muchas)».*

Y S la de 14 de febrero de 2002 que dice: *«Todo lo cual, no puede ser sustituido por la toma de razón de contratos privados en un registro administrativo, que lo único que puede acreditar es la fecha en que los referidos contratos tuvieron, al mismo, acceso, pero nunca la entrega –modo– de una vivienda, que no existía realmente, puesto que la misma tenía imposibilidad en aquel momento, de ser entregada» ... Para ello, hay que decir que reiteradamente esta Sala ha proclamado que el CC, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo, conforme a la cual –a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales–; y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición y así se desprende de los artículos 609 y 1095, es decir que solo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario ius ad rem en un ius in re (S de 20 de octubre de 1990)».* (STS de 1 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–El pleito del que trae causa el recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima enfrenta a una comunidad de propietarios (actora) y a una empresa constructora (demandada). Sostiene la actora que la demandada carecía de la capacidad necesaria para construir un local en los bajos de la comunidad, que la construcción se hizo con mala fe y que, por tanto, la propiedad del local cede a favor de la comunidad de propietarios pasando a conceptuarse como elemento común. Como consecuencia, es nulo cualquier contrato que, teniendo como objeto el mencionado local, la constructora hubiere podido celebrar con terceros (que también fueron demandados). El Juzgado de Primera Instancia accede a lo pedido, pero la Audiencia admite la apelación de la constructora revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda. Recurre en casación la comunidad de propietarios y, como se ha dicho, el Tribunal Supremo declara no haber lugar. El problema fundamental radica en que los

actuales propietarios de los elementos independientes del inmueble no lo eran –por no haberse consumado la tradición– cuando se recitifica la declaración de obra nueva en la que se manifestaba la existencia del sótano controvertido, razón por la que no pueden impugnarse un acuerdo del constructor del edificio comunitario. (R. G. S.)

60. Momento en que se transmite la propiedad: consecuencias en relación con la tercería de dominio.—En Derecho español, la transmisión de la propiedad requiere título y modo o entrega de la cosa. Si la cosa objeto de la compraventa ha sido embargada por deudas del vendedor, el comprador no está legitimado para ejercitar la tercería de dominio cuando no acredita que era dueño de la cosa al tiempo de iniciarse el embargo. El otorgamiento de escritura pública de compraventa posterior al embargo no es suficiente para enervarlo, porque sólo prueba la transmisión de la propiedad a partir de ese momento (art. 1462.II CC). Tampoco la escritura de obra nueva y de constitución del régimen de propiedad horizontal acredita la transmisión de la propiedad a favor del comprador de alguno de los pisos cuando éste no consta nominalmente en ella. (STS de 22 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña B. P. H. ejercitó una tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social (que contestó solicitando la total desestimación de la demanda), y contra *Feycasa, S. L.* (declarada en rebeldía). La demandante había celebrado con *Feycasa, S. L.*, un contrato de compraventa de una vivienda y el garaje anejo. El conflicto se originó cuando la Tesorería General de la Seguridad Social embargó ambos inmuebles por deudas de *Feycasa, S. L.* La demandante intentó acreditar que estaba legitimada para enervar el embargo, presentando como medio de prueba la escritura pública de compraventa (de fecha posterior al embargo) y la escritura de obra nueva y de constitución de la propiedad horizontal. La tercería fue desestimada en ambas instancias. (C. J. D.)

61. Legitimación activa del demandante-tercerista.—El ejercicio de la acción de tercería de dominio (en el fondo, del ejercicio de la acción reivindicatoria o mero declarativa de la propiedad, al efecto de dejar sin efecto un embargo sobre el bien de que se trata) lleva indefectiblemente consigo, el de la prueba de que el que acciona sí es «tercerista», es decir, dueño del bien puesto en discusión. Al tercerista le corresponde probar, ante ataque contrario, que es tal tercerista, con capacidad para sustentar lícitamente el dominio sobre el bien de que se trata. Este aspecto fundamental, exige su adecuada prueba si es negado en la contestación a la demanda. (STS de 24 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El día 15 de abril de 1990, don Jose Ángel, y su mujer, doña Alicia, suscribieron con *Fisa-Leasing, S. A.*, un contrato de *leasing*. El citado matrimonio dejó de abonar las cuotas correspondientes del 15 de agosto y del 15 de septiembre de 1991. El día 27 de septiembre de 1991, doña Alicia y su cónyuge proce-

den a integrar en el patrimonio social de *Norte, S. L.*, el conjunto de inmuebles de carácter privativo y ganancial.

Concretamente doña Alicia, transmitió, mediante aportación y fundación societaria, entre otras, una vivienda. El mismo día de la transmisión de la finca, doña Alicia transmitió a *Proden Centro, S. L.* (co-fundadora de *Norte, S. L.*), las participaciones que poseía de *Norte, S. L.*

La gestión de la inscripción en los Registros de la Propiedad de la escritura, fue encomendada al abogado de doña Alicia, don Francisco. El letrado, defraudando la confianza depositada en él, dejó de gestionar la inscripción de las escrituras en los Registros de la Propiedad, lo que propició que *Fisa-Leasing, S. A.*, obtuviera el embargo de la finca trabada. Además, el letrado, el mismo día de la fundación de *Norte, S. L.*, consiguió, mediante engaño, que le fuera conferido poder, a su cliente, doña Alicia, sin que su poderdante supiera que lo estaba firmando, poder que inmediatamente inscribió en el Registro mercantil.

La Compañía Mercantil, *Norte, S.L.*, interpuso demanda frente a *Fisa-Leasing, S. A.*, y doña Alicia, sobre declaración de dominio y levantamiento de embargo de vivienda, en virtud de título de propiedad pretendido como preferente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería y absuelve de ella a los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la decisión de primera instancia.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo la incapacidad legitimadora para poder mantener la parte actora su calidad de tercerista, no deriva de la efectiva existencia de una sociedad mercantil con un solo socio, sino en su falta de actividad y en su finalidad ilícita, para conseguir, el poder sustraer a la acción ejecutoria de la parte oponente, el bien objeto del embargo. Por ello la alusión a la doctrina del «levantamiento del velo» que hace la sentencia dictada por la Audiencia sólo va dirigida a la declaración de la «falta de legitimación activa» del tercerista. (*M. C. L. J.*)

62. Responsabilidad por defectos de construcción. Compatibilidad de la acción por vicios ruinógenos con la de cumplimiento defectuoso.—

En el presente juicio no sólo se ejercitó la acción derivada de la existencia de vicios ruinógenos, sino también la proveniente del defectuoso cumplimiento de las obligaciones del contrato, cuya compatibilidad está declarada por reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 12 de febrero de 1981, 3 de febrero de 1986 y 17 de julio de 1987).

Propiedad horizontal. Convocatoria a las juntas de propietarios. Prueba de la entrega de la citación.—

La Ley no exige ninguna fórmula especial para la remisión de las citaciones escritas relativas a una Junta General, y si se cuestiona la recepción por cualquier propietario, cabe demostrar la entrega mediante cualquier medio admitido en Derecho, ya sea, entre otros, por el acuse de recibo de la carta, la utilización de correo certificado, la aportación por mensajería, el testimonio del Secretario de la Junta de su expedición por correo ordinario o la colocación de la convocatoria en un lugar visible de la propia finca (respecto de esta última, *vid.* las SSTS de 8 de noviembre de 1989 y 12 de julio de 1994), para así conseguir la convicción

del juzgador de que se ha verificado a cada uno de los integrantes de la comunidad en el domicilio correspondiente, como sucede en este caso, donde los empleados de la administración de fincas que gestiona la de la demandante manifestaron que tuvo conocimiento de la convocatoria mediante el envío de la carta de citación.

Aceptación permanente de las citaciones por correo ordinario. Doctrina de los propios actos.—Si bien es cierto que en este caso no se respetaron por la Administración de Fincas los medios de citación a Junta legalmente ordenados, tal irregular actuación no puede considerarse aisladamente de la forma de actuar, aceptada siempre por la reconviniente, de ser citada por correo ordinario: siempre aceptó la reconviniente tal medio de citación, y nunca, a pesar de ser profesional dedicada a la construcción de la que no cabe presumir ignorancia de la Ley, exigió el riguroso cumplimiento de la forma de hacer citaciones que la Ley de Propiedad Horizontal prevé. Tal aceptación permanente en el tiempo de la forma, mucho más eficaz y económica, de hacerse la citación por correo ordinario no es admisible que la ignore cuando alguno de los acuerdos no son de su agrado, pues tal actitud contradice la buena fe que las partes deben respetar en sus relaciones negociales y que obliga, en primero y fundamental lugar, a no desdecirse de los actos propios de aceptación de cómo han de ser cumplidos determinados requisitos en la relación que les une.

Exigencia de motivación de la sentencia.—El Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992, y, en igual sentido, STS de 12 de noviembre de 1990). No se excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), siendo motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenido en la parte dispositiva (STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS de 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992). **(STS de 22 de marzo de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—*La Inmobiliaria M. A., S. L.*, llevó a cabo la construcción del Edificio Nelken. Con posterioridad, aparecieron manchas en determinadas placas pétreas de los zaguanes, causadas por deficiencias en su colocación y humedades en las juntas de dilatación del muro perimetral del sótano, que se deberían a la carencia de las adecuadas medidas impermeabilizantes junto a la rotura de la tubería de abastecimiento de agua, que originó el encharcamiento del terreno; e igualmente se apreció la existencia de baldosas sueltas o rotas en la zona denominada «carril de bomberos», que debería aguantar el paso

de vehículos pesados (y no lo hizo), si bien contribuyó también a ello su utilización por los camiones de mudanza.

El 9 de mayo y 28 de noviembre de 1997 se celebraron sendas Juntas Generales Extraordinaria y Ordinaria de la comunidad de propietarios del edificio, a las que se citó a la Inmobiliaria, en las que se adoptaron los acuerdos de proceder judicialmente para reclamar las deficiencias de las obras y de nombrar Presidente de la comunidad y representante de la misma.

En tal sentido, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra don J. C. M., don J. G-M. S. e *Inmobiliaria M. A., S. L.*, como arquitecto, arquitecto técnico y promotora-constructora, solicitando se declarara que el referido edificio presentaba vicios y defectos de ejecución de obras, condenando solidariamente a los demandados de reparar los vicios ruínógenos y defectos de construcción existentes, con las costas del proceso. Todos los demandados contestaron solicitando su absolución, y la inmobiliaria además formuló reconvencción, pidiendo la declaración de nulidad de todos los acuerdos tomados en las referidas Juntas Generales de la Comunidad de Propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción, condenando a los demandados al pago de 3.483.480 pesetas, más el interés legal. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, condenando a los demandados solidariamente a la reparación de los defectos constructivos, si bien la comunidad actora debería contribuir con el 30 % del importe de parte de las reparaciones, y desestimando la reconvencción. Contra esa sentencia, *Inmobiliaria M.A., S. L.*, recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

63. Propiedad horizontal. Normas estatutarias incompletas. Adopción de acuerdos complementarios: asunto de mera administración.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la adopción de acuerdos complementarios que permitan la aplicación de una norma incompleta contenida en los Estatutos de una Comunidad de propietarios (esto es, de una norma de imposible cumplimiento por sí sola) no supone una modificación de los Estatutos, sino que es un mero acuerdo de administración, sometido al régimen de las mayorías y no al de la unanimidad de los propietarios. (**STS de 22 de marzo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña M. C. R. P., propietaria de un piso en un edificio situado en Las Arenas-Guecho (Vizcaya), interpone una demanda contra la comunidad de propietarios del citado edificio, solicitando se dicte sentencia por la que se declare nulo y sin efecto el acuerdo segundo adoptado el 25 de marzo de 1995 por la Junta general extraordinaria de la comunidad de propietarios, en virtud del cual se determina la distribución de los gastos producidos por el uso de agua caliente y de la calefacción. Considera la demandante que dicho acuerdo supone una modificación de la norma estatutaria contenida en la escritura pública de constitución de la propiedad

horizontal de 29 de octubre de 1971 y que, por lo tanto, se requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara nulo el acuerdo impugnado exclusivamente en lo referente al número de radiadores que han de contabilizarse en el piso bajo del inmueble. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que interpone la comunidad de propietarios, casa y anula la sentencia recurrida y estimando parcialmente la demanda, declara la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta general extraordinaria únicamente en lo relativo al número de radiadores que han de contabilizarse en el piso bajo del inmueble que es propiedad de la demandante.

NOTA.—Téngase en cuenta que el artículo 16.2.^a de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, al que se hace referencia en esta sentencia, ha sido modificado por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y en la actualidad el régimen de la adopción de acuerdos por la Junta de propietarios se contiene en el artículo 17 LPH. (*M. J. P. G.*)

64. Propiedad horizontal. Acuerdo sobre cerramiento para impedir el paso al aparcamiento de terceros no propietarios: aprobación por mayoría.—Según jurisprudencia reiterada (SSTS de 14 de noviembre de 1985 y 15 de febrero de 1988, repetida por las SSTS de 5 de diciembre de 1989, 31 de marzo de 1995 y 19 de noviembre de 1996), las obras del cerramiento de las zonas de aparcamiento de la comunidad, que consisten en la instalación de una puerta metálica, no suponen alteración del título constitutivo ni causan perjuicio a los titulares de los negocios instalados en los locales al no impedir el acceso peatonal a esos locales. Este tipo de obras permite regular el uso de las zonas de aparcamiento de la comunidad por quienes tienen derecho al uso de los mismos que son los copropietarios y no los potenciales clientes de los negocios allí instalados, por tanto, no es necesaria la unanimidad sino que basta la mayoría de los copropietarios para adoptar el acuerdo.

Acuerdo que fija un canon para la instalación en la fachada del edificio de anuncios o carteles de los locales de negocios. Aprobación por mayoría.—El establecimiento de un canon de este tipo no supone una modificación de la cuota de partición en los gastos generales, sino que responde a un acto de administración de la comunidad cuya aprobación está sometida al régimen de mayoría.

Nulidad del acuerdo que fija un canon para la instalación en la fachada del edificio de anuncios o carteles de los locales de negocios.—Según afirma el Tribunal Supremo, la instalación de anuncios o carteles es inherente a cualquier actividad comercial y constituye un uso lícito de los elementos comunes si no perjudica los derechos de los demás propietarios ni altera el decoro arquitectónico del edificio. No se puede prohibir a los propietarios de los locales o a sus arrendatarios el uso de los elementos comunes si no excede de los parámetros exteriores del local. La imposición del pago de un canon por el uso de esta forma de los elementos comunes supone una limitación injustificada de los derechos del copropietario de local. Si a lo anterior, se añade el hecho de que los anuncios o carteles en cuestión fueron autorizados por la comunidad y su instalación tuvo lugar varios años antes a

la aprobación del acuerdo impugnado, la comunidad no puede venir contra sus propios actos, lo que provoca la nulidad del acuerdo. (**STS de 6 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Varios copropietarios, integrantes de la comunidad de propietarios del «Edificio Montreal» de Alicante, formulan demanda contra la comunidad solicitando que se declare la nulidad de los acuerdos relativos al cerramiento del acceso de vehículos a la comunidad, a la regularización de los carteles de los locales comerciales y al canon a pagar por los carteles de los mismos, adoptados en la Junta de propietarios celebrada el 28 de marzo de 1995.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara nulos todos los acuerdos mencionados. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y sólo declara nulos los acuerdos relativos al cerramiento del acceso de vehículos a la comunidad y al establecimiento de un canon a los locales por los rótulos que exhiben. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por la comunidad de propietarios y declara la validez del acuerdo relativo al cerramiento del acceso de vehículos a la comunidad.

NOTA.—La sentencia hace referencia a la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. (*L. P. S. M. P.*)

65. Propiedad horizontal. División de unos sótanos en plazas de garaje. Segregación permitida en los Estatutos cuando no supone modificación de las cuotas comunitarias. Nulidad del acuerdo que impide la segregación.—No es posible subordinar al acuerdo unánime de la comunidad la división de unos sótanos en plazas de garaje, cuando los estatutos prevén la posibilidad de dicha segregación sin necesidad de un acuerdo comunitario previo y, además, la segregación que se realiza no supone menoscabo de los elementos comunes y no supone una modificación de las cuotas comunitarias, por lo que tampoco hay modificación del título constitutivo. A favor de esta solución, también se pronuncian las RRDGRN de 31 de agosto de 1981 y 26 de febrero de 1988.

Actos propios.—Según la STS de 28 de enero de 2000, el principio general del derecho que veda ir contra los actos propios precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo que resulta imprescindible el carácter concluyente e indubitado, del mismo, de tal forma que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción (en el mismo sentido, SSTS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 16 de febrero, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999). (**STS de 6 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—*Construcciones Hispano Germana, S.A.*, propietaria de diversos sótanos, procedió a su segregación en plazas de garaje. La segregación se hizo conforme a los Estatutos que permitían realizarla sin necesidad de acuerdo comunitario previo, siem-

pre que no modificara las cuotas comunitarias. La segregación no varió las cuotas de participación, pero sí alteró el número de votos como fruto de la segregación. Por su parte, la Comunidad de propietarios «El Retiro III, IV y V» acordó en Junta de Propietarios celebrada el 8 de octubre de 1996 dejar sin efecto la segregación realizada. *Construcciones Hispano Germana, S. A.*, presentó una demanda en la que solicitaba que se declarase la nulidad radical de la Junta Ordinaria de propietarios celebrada el 8 de octubre de 1996 y de los acuerdos en ella adoptados.

Construcciones Hispano Germana, S. A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimaba íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida y declaró la nulidad de la Junta ordinaria de propietarios celebrada el 8 de octubre de 1996. Contra esta sentencia, la comunidad de propietarios «El Retiro III, IV y V» presentó un recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia hace referencia a la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. (*L. P. S. M. P.*)

66. Servidumbre voluntaria de luces y vistas. Acción confesoria y negatoria. Principio *utiliter* y *civiliter*.—El Tribunal Supremo aplica en esta sentencia el principio *utiliter* y *civiliter* para determinar el alcance y modo de ejercicio de las servidumbres, lo que le lleva a estimar la acción confesoria de la servidumbre de luces y vistas interpuesta por la actora sobre toda la finca de la demandada (y no sólo sobre la parte que linda el predio sirviente con el dominante), aunque señalando a continuación que ello debe ser entendido en el sentido de que «no puede hacerse ninguna construcción que perjudique las luces o las vistas que pueda tener sobre el sirviente el predio dominante. Por tanto, podrá construir, pero sólo en cuanto queden incólumes las luces y vistas del predio dominante». Como afirma en el Fundamento de Derecho 2.º, el derecho real de servidumbre tiene, entre otras, dos notas esenciales. La primera es el ser *utiliter*, que ha de ser entendido en el sentido de que la servidumbre debe prestar una utilidad, sirviendo al interés del predio dominante. La segunda es que su ejercicio debe ser *civiliter* o adecuado al interés que presta «en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente». (**STS de 7 de abril de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 22 de octubre de 1930 tuvo lugar un negocio de constitución de una servidumbre de luces y vistas, en el que intervinieron como partes doña Rufina C. R. (propietaria de la finca y causante, tras varias transmisiones, de la sociedad demandada en este procedimiento) y don Julián D. G. (causante, tras varias transmisiones, del derecho de propiedad de los actores). En la escritura pública otorgada a tal fin doña Rufina segregaba una parte de su finca y se la transmitía por compraventa a don Julián, estableciéndose a continuación que en la parte del predio que ella se reservaba se constituía una

servidumbre de luces y vistas a favor del de don Julián, por virtud de la cual el dueño del predio sirviente (doña Rufina, en ese momento) se obligaba a no edificar «en la parte del solar que se reserva». El litigio que da lugar a la sentencia que aquí se reseña (STS de 7 de abril de 2006) enfrenta a los propietarios actuales de las dos fincas anteriores. En concreto, los propietarios del predio dominante –don Luis y doña Margarita– entablan acción confesoria de servidumbre de luces y vistas contra la entidad *Promociones Collado 5, S. L.*, propietaria del predio sirviente, que reconviene con una acción negatoria de servidumbre. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declarando la existencia de una servidumbre de luces y vistas en toda la extensión del fundo sirviente, y desestima la demanda reconventional de la demandada. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia por *Promociones Collado 5, S. L.*, que recurre en casación. (*N. M. I.*)

67. Prenda sin desplazamiento de la posesión. Necesidad de cumplir, para su validez, los rígidos principios legales.—Para evitar los inconvenientes que el requisito de la desposesión puede crear para el deudor, se promulgó la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, admitiendo esta última figura sobre determinados objetos enumerados taxativamente en el artículo 52, y sometiendo su constitución a rígidos principios, entre ellos el de la inscripción. Sin ésta, no puede gozar el acreedor de los beneficios que le da la Ley.

Prenda sin desplazamiento de la posesión. La ausencia de inscripción en el Registro no convierte a la figura en una prenda ordinaria por faltarle el elemento esencia de la entrega de la cosa.—Una prenda sin desplazamiento de la posesión inexistente legalmente, no se convierte nunca en una prenda ordinaria porque le falta el requisito constitutivo, requerido por el artículo 1863 CC, del desplazamiento posesorio o, en otras palabras, la desposesión del deudor pignorante del objeto dado en prenda a favor del acreedor o de un tercero designado de común acuerdo. Si la inscripción de la prenda sin desplazamiento se deniega no opera la figura de la conversión, transformándose el contrato creador de aquella garantía en otro originador de una prenda ordinaria porque carece obviamente de uno de los requisitos del contrato en que pudiera convertirse (el desplazamiento posesorio). Además tal conversión no cuenta ni con precepto legal que la admita ni convención que la acuerde.

Contrato de prenda ordinaria. Imposibilidad de sustituir la entrega de la cosa por un acuerdo de las partes.—La desposesión del deudor no puede ser suplida por un acuerdo de las partes por el que aquél quedaría como depositario de las cosas objeto de la garantía, válido y eficaz por ajustado a la Ley de 16 de diciembre de 1954, para crear la prenda sin desplazamiento, pero no permitido por el artículo 1863 CC para la ordinaria, que no contiene ninguna excepción. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que para la constitución del derecho de prenda se requiere la desposesión de la cosa por el deudor (SSTS de 11 de junio de 1911, 26 de junio de 1945 y 26 de marzo de 1997), constituyendo en este panorama una excepción aislada la S de 23 de abril de 1929, al admitir el cumplimiento de aquel requisito porque todas las partes interesadas convinieron que los coches objeto de prenda quedaran en poder del deudor para no suspender el tráfico. En la actualidad ello no podría hacerse sino recurriendo a la Ley de 1954, creada para evitar

los inconvenientes del desapoderamiento de la cosa por el deudor. (STS de 21 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La mercantil actora *T. D. C., S. A.*, constituyó una prenda sin desplazamiento de la posesión a favor de *C. E. T., S. A.*, sobre determinada maquinaria de la primera. Dicha prenda no pudo acceder al Registro correspondiente por no cumplir la póliza los requisitos legales. Tiempo después, ante la advertencia de *C. E. T., S. A.*, de que ejecutaría la prenda si no abonaba la deuda que *T. D. C., S. A.*, mantenía con aquélla, la deudora interpuso la demanda en la que pidió se declarara la inexistencia de la prenda sin desplazamiento y, subsidiariamente, resuelto el contrato entre ambas compañías por haber incumplido la demandada titular del derecho de prenda sin desplazamiento de la posesión, la promesa de compraventa que constituía la contraprestación del contrato de garantía suscrito. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Logroño confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (*L. A. G. D.*)

68. Tercería de dominio. Requisitos.—El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia la jurisprudencia sentada en otros pronunciamientos anteriores sobre la tercería de dominio (en concreto, en la S de 22 de septiembre de 2001, en la que se citan otras muchas resoluciones), respecto a los dos requisitos que exige la legitimación para el ejercicio de tal acción, dirigida a alzar el embargo trabado sobre bienes pertenecientes a persona distinta del deudor. Se trata de que «el tercerista haya adquirido el dominio, y que esa adquisición sea anterior al embargo practicado». (STS de 14 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad *Cerámica Los Asperones, Sociedad Cooperativa Limitada*, insta demanda de tercería de dominio contra la Administración del Estado y *Cerámica Malacitana, S. A.*, en la que solicita que se alce el embargo trabado sobre una finca de su propiedad, que había sido adquirida con motivo de la cesión de un remate obtenido en el curso de un procedimiento laboral instado por los trabajadores de la empresa *Cerámica Malacitana* contra esta entidad en reclamación de sus salarios. El procedimiento había finalizado con la venta en pública subasta de la finca embargada, que fue adjudicada a los trabajadores de la empresa, que a continuación cedieron el remate a *Cerámica Los Asperones* a cuyo favor se otorgó la escritura pública de venta. Los datos temporales relevantes de este procedimiento son los siguientes: iniciación (18 de abril de 1984); embargo de la finca (17 de mayo de 1984); anotación del embargo en el Registro de la Propiedad (31 de mayo de 1984); adjudicación de la finca a los trabajadores en la subasta (23 de septiembre de 1985); cesión del remate a la empresa *Cerámica Los Asperones* (30 de septiembre de 1985); otorgamiento de la escritura pública (25 de marzo de 1986). Cuando todavía no había finalizado el procedimiento laboral, Hacienda traba embargo

sobre la misma finca por impago de los tributos correspondientes a los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (*sic*) y sobre el Tráfico de Empresas correspondiente al ejercicio 1983 a cargo de la anterior propietaria. Es entonces cuando *Cerámica Los Asperones* insta una tercería de dominio solicitando que se declarase que la finca objeto del embargo era de su propiedad y se ordenase el alzamiento del embargo, anulándose el asiento registral. El Juzgado de Primera instancia estimó en su integridad la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Delegación en Málaga de la Agencia Estatal de Administración tributaria. Contra esta sentencia el Abogado del Estado formuló recurso de casación, que es estimado por entender que la entidad recurrida no estaba legitimada para interponer una tercería de dominio, al no haber acreditado la adquisición de la propiedad sobre la finca embargada en un momento anterior a la fecha de la traba.

NOTA.—El solapamiento de fechas que se produce en los dos procedimientos implicados revela muy a las claras que la tercerista adquirió efectivamente el dominio con el otorgamiento de la escritura pública de venta ex artículo 1462 CC, tras habersele cedido el remate, el 25 de marzo de 1986. En cambio, la práctica del embargo sobre la finca a instancias de la Administración tributaria tuvo lugar el 23 de agosto de 1984, siendo anotado en el Registro el 5 de septiembre del mismo año. En este supuesto se reproduce un conflicto muy habitual en caso de concurrencia de acreedores que instan varios procedimientos de apremio casi al mismo tiempo. Los problemas que suelen generarse radican en la pervivencia del segundo procedimiento —que ha dado lugar a su propia anotación de embargo— mientras el primero ya ha finalizado con la adjudicación (y normalmente) la inscripción de la propiedad de la finca embargada a favor de un tercero. Los mecanismos legales que la legislación procesal e hipotecaria prevén para que los resultados del segundo litigio no afecten al primer adjudicatario no consisten en obligarle a instar una tercería de dominio, que no sólo le exigiría estar pendiente del transcurso del segundo procedimiento —de cuya existencia tenía conocimiento a través de la correspondiente anotación de embargo—, sino que además habría de tener un título anterior a la traba del segundo embargo, lo que no siempre sucede. Al contrario, lo único que se le exige para asegurar su situación es inscribir su adquisición antes de que lo hagan los segundos adjudicatarios, reclamando al propio tiempo la cancelación de los gravámenes —en este caso, la anotación preventiva— practicados con posterioridad a la suya (para lo cual se exige la vigencia de su asiento de acuerdo con las RRDGRN 11 de abril de 2002 —RJA 6622—, 28 de noviembre de 1992 —RJA 5364—, problema que ni siquiera se planteaba en este caso). La suerte de los adjudicatarios del segundo procedimiento está entonces echada: no podrán alegar su condición de terceros protegidos del artículo 34 ó 32 LH, pues conocían la existencia del primer procedimiento a través de la publicidad del embargo en el Registro mediante la anotación preventiva (naturalmente, siempre que ésta no hubiera caducado). La inscripción del primer adjudicatario les impedirá además llevar su derecho al Registro de

la Propiedad (condición *sine qua non* de la protección que brindan los citados preceptos de la Ley Hipotecaria) en virtud del principio de prioridad registral (cierre del Registro a los títulos incompatibles). Por lo tanto, curiosamente en este caso es la actividad procesal del primer adjudicatario, escogida erróneamente, la que motiva que su derecho sea desestimado. Hubiera sido preferible que se limitase a inscribir su dominio en el Registro de la Propiedad, solicitando la cancelación de la anotación posterior de embargo ex artículo 674.2 LECiv y entablando –si acaso fuera necesario– una acción reivindicatoria o declarativa contra el adjudicatario en el procedimiento, cuyo éxito estaría asegurado, pues de lo que se trataría entonces sería de acreditar que adquirió la propiedad en un momento anterior al segundo, y que no concurre en éste la condición de tercero protegido ex artículos 32 y 34 LH –que enervaría la adquisición del primero en pro de la seguridad del tráfico– al no concurrir buena fe –incompatible con la práctica de la anotación primera de embargo y la inscripción posterior del dominio del primer adjudicatario, en este caso la entidad actora–. (N. M. I.)

DERECHO DE FAMILIA

69. Rescisión por lesión. Caducidad.–La acción rescisoria por lesión está sometida a un plazo de caducidad de cuatro años (art. 1076 CC), no de prescripción, no susceptible de interrupción como ésta (SSTS de 26 de junio de 1967 y 6 de junio de 1990, entre otras).

Acción rescisoria por lesión y división de sociedad de gananciales.–La acción rescisoria por lesión está expresamente admitida en la partición hereditaria, puesto que el artículo 1074 CC es aplicable también a la división de la sociedad de gananciales por la remisión que efectúa el artículo 1410 del mismo cuerpo legal. Por tanto también se aplican las normas de la rescisión por lesión cuando el convenio regulador aprobado judicialmente la contenga, sin que sea óbice alguno tal aprobación, que no lo despoja en absoluto de su naturaleza de convención privada (SSTS de 26 de enero de 1993 y 8 de marzo de 1995).

Subsidiariedad de la acción por enriquecimiento sin causa.–Si no se ejercita la acción de rescisión del convenio dentro del plazo de caducidad (art. 1076 CC), no es posible apoyarse para lograr el éxito de las pretensiones en el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa porque no se enriquece sin causa el que lo hace a través de un contrato válido y eficaz (SSTS de 28 de marzo de 1990, 24 de marzo y 29 de abril de 1998).

La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa debe ser entendida en el sentido de que cuando el ordenamiento jurídico no dé otra acción como remedio del empobrecimiento, puede acudir a ella, pero no en caso contrario (STS de 19 de febrero de 1999). (STS de 27 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.–Doña Carmen formuló demanda en la que alegaba haber sufrido lesión patrimonial en el convenio regulador de separación matrimonial de mutuo acuerdo. La actora solicitaba que se dictase sentencia que condenase a su ex marido a abonar la mitad del

precio en que fueren tasados los bienes inmuebles que se adjudicaron en base al mencionado convenio regulador suscrito, con deducción del valor en que fuese tasado el piso que ocupaba doña Carmen, así como se condenase a la mitad del precio de los bienes muebles existentes en el piso que ocupaba su ex marido. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de la primera instancia.

NOTA.—En el caso que analiza la sentencia anotada desde la aprobación judicial del convenio regulador (1989) a la de la promoción del litigio (1996) había transcurrido con exceso el plazo legal de cuatro años (art. 1076 CC) de la acción rescisoria por lesión. El Alto Tribunal no consideró que lo dicho por la recurrente en la contestación a la demanda de divorcio interpuesta contra ella por su ex esposo (después de la sentencia de separación en la que se aprobó el convenio) sobre la lesión económica que había experimentado, pudiese tener fuerza interruptiva de la caducidad, pues por su propia naturaleza no lo tolera esta figura jurídica. (*M. C. L. J.*)

70. Patria potestad: enajenación por madre viuda de bienes inmuebles de menores sin autorización judicial: anulabilidad.—La cuestión jurídica es el tipo de ineficacia del negocio jurídico de disposición de inmueble, celebrado por la madre, titular única de la patria potestad a la sazón, en nombre y representación de sus hijos menores, pero sin la autorización judicial que exige el artículo 166, párrafo 1.º, CC, norma que exige tal autorización, pero sin prever explícitamente la sanción en caso de que se realice aquel negocio sin la misma. Débese entender que se trata de anulabilidad, ya que el representante legal no actúa sin representación, ya que la tiene por la ley; actúa sin autorización judicial, complemento de su actuación jurídica que le falta; esta ausencia produce que el negocio jurídico que realiza esté falto de la capacidad completa, lo cual da lugar a la anulabilidad. Este criterio ha sido seguido por STS de 9 de mayo de 1994, y reitera la de 23 de diciembre de 1997, que destacan que el interés privado de los particulares es el prevalente en caso de anulabilidad, como es el negocio dispositivo de inmuebles de menores, los cuales al llegar a la mayoría de edad pueden proceder a su anulación (art. 1302) o a su confirmación expresa o tácita (art. 1311 en relación con el art. 1301). En el presente caso no se ha producido infracción alguna de los artículos 166 y 6.3 CC, aunque ni uno ni otro estaban vigentes al tiempo de la celebración del contrato en 1959; el primero fue redactado por Ley de 13 de mayo de 1981, y modificado por Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, aunque la exigencia de autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles viene del texto originario del Código civil (art. 164): el segundo fue redactado por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y D. Leg. de 31 de mayo de 1974, aunque el concepto de nulidad ya se contenía en la redacción originaria del artículo 4 CC. Tampoco se ha causado infracción del artículo 164, hoy 166, porque de ellos no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 CC, dado que la actuación del representante legal sin la actuación judicial no implica que falte el consentimiento sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba sin la preceptiva autorización judicial, cuya falta no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable, y si los contratantes representados no han accionado interesando

la anulación en el plazo de cuatro años, se produce la confirmación por disposición de la ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad. (**STS de 3 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Doctrina jurisprudencial que puede considerarse consolidada, a la que se adhiere Lacruz y sus continuadores (*Elementos*, IV, 2.^a ed. al cuidado de Rams Albesa [Madrid 2005], p. 418). Con indicación de la actual doctrina discrepante, *vide* Pérez Álvarez, en VV. AA. *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de familia*, [Madrid 2007] (coord. Martínez de Aguirre), p. 369. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Acción de petición de herencia: litisconsorcio pasivo necesario.—

El litisconsorcio pasivo necesario es un presupuesto procesal que debe aplicarse de oficio, por ello, cuando se ejercite una acción de petición de herencia, donde un heredero pretende obtener el reconocimiento de su título hereditario para obtener los bienes del patrimonio hereditario que le corresponden, es imprescindible que se demande a todos los herederos directos y no sólo a aquellos que insten la declaración de herederos abintestato. Si no se demanda a todos, se podría llegar a la conclusión inaceptable, tanto desde un punto de vista procesal, como constitucional, de que una sentencia redujese la porción hereditaria de algún coheredero que no haya sido demandado. Nadie puede verse afectado en sus derechos por una sentencia en cuyo proceso no haya intervenido (entre otras, SSTs de 12 de julio y 4 de noviembre de 2002 y 24 de marzo, 2 de abril y 18 de junio de 2003). (**STS de 23 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña A. R. S. fue inscrita en el Registro Civil como hija natural de don E. R. C. y doña P. S. M. En aquel momento, su padre estaba casado con otra persona con la que tuvo tres hijos. Don E. fallece sin haber otorgado testamento y, posteriormente, se dicta un Auto por el que se declaran herederos a los tres hijos matrimoniales, omitiéndose cualquier mención a la hija natural. Doña A. interpone demanda en ejercicio de la acción de petición de herencia para que se declare su condición de heredera y se le adjudiquen los correspondientes bienes en la herencia de su padre. Dicha demanda la interpone exclusivamente contra una de las hijas matrimoniales, que fue la que instó el procedimiento de declaración judicial de herederos abintestato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que la demandante es heredera directa del causante, por lo que se le ha de atribuir la correspondiente porción hereditaria en la herencia de su padre. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial revoca la resolución de instancia. La demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y declara la nulidad de todo lo actuado desde la comparecencia previa en el proceso de menor cuantía en primera instancia, ya que es preciso que se constituya correctamente la relación jurídico-procesal. (*S. E. M.*)

72. Testamento abierto: significado de la conformidad del testador requerida por el artículo 695 CC.—La sentencia recurrida se asienta en la consideración de que la expresión de conformidad con el testamento leído en voz alta por el Notario otorgante es un requisito de forma establecido en el artículo 695 CC. Pero esta Sala no le da la consideración de fórmula expresa y solemne, sino que entiende que lo exigido legalmente es una manifestación de voluntad del testador, que puede revestir diversas modalidades según las circunstancias, siempre que de ellas se deduzca inequívocamente aquella conformidad. En el caso de autos la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba, después de la lectura del Notario ante ella y los testigos. No hay duda alguna de su conformidad. El artículo 695 CC no determina la expresión de la misma como una formalidad testamentaria especial y autónoma, sino que sólo indica la finalidad que tiene la lectura por el Notario. (STS de 21 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.—Lacruz y continuadores (*Elementos*, V, 3.^a ed. a cargo de Rams Albesa [Madrid 2007] p. 177) parecen compartir la doctrina de la sentencia extractada, pues dicen que «hecha la lectura, el testador habrá de dar su conformidad, expresándolo plena, claramente y constando tal declaración en el testamento». Hay alguna confusión sobre la circunstancia de si la testadora sabía o no firmar: parece que, efectivamente, firmó (lo que no es prueba de que, además, supiera escribir). La sentencia extractada cumple el buen uso de comentar la jurisprudencia alegada en contra, explicando las razones de no seguirla (así, en el caso, la STS de 14 julio de 1899, por su generalidad; la STS de 18 de noviembre de 1911 no da validez a la firma antes de mostrar conformidad el testador, mientras aquí los hechos suceden de otra forma; y la STS de 8 de abril de 1965, porque se trataba de identificar los sonidos inarticulados e ininteligibles que emitió el testador, supuesto totalmente distinto del enjuiciado. Como argumento colateral la sentencia añade: «coadyuva a la estimación del motivo que en el caso de autos el testamento era muy simple, sin complicación alguna. En él doña Benedicta se limita a nombrar heredero universal a su sobrino, el demandado, con sustitución a favor de sus descendientes, y a revocar cualquier disposición testamentaria anterior». Cabalmente los restantes sobrinos son los que impugnan, infructuosamente, el testamento. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

73. Defensa de la competencia. Aplicación del Derecho comunitario y órganos jurisdiccionales españoles.—La jurisprudencia ha reconocido las facultades del orden jurisdiccional civil para conocer de las pretensiones de nulidad contractual fundadas en la vulneración del Derecho Comunitario garante de la competencia en el mercado común y el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, ha terminado por zanjar definitivamente la cuestión al dis-

poner que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, atribuyéndose en España tal competencia a los Juzgados de lo Mercantil por el artículo 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cierto es que siempre será necesario que la pretensión se haya planteado desde esa perspectiva y no desde la sumamente genérica invocada en la demanda que, conviene recordar, se fundaba en los artículos 38 de la Constitución y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por considerar que cualquier pacto de exclusiva vulneraba estos últimos preceptos. (STS de 15 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La mercantil *Estaciones de Servicio Costablanca, S. A.*, que explotaba una estación de servicio, contra la mercantil *Campsa* que la abastecía en exclusiva de gasolinas, gasóleos y supercarburantes así como de los lubricantes que se utilizaran en el recinto de dicha estación, y *Cepsa Estaciones de Servicio, S. A.*, solicitando se dictara sentencia que declarará con la nulidad absoluta e inexistencia de dos contratos, uno por el que la actora había vendido la estación de servicio a *Campsa*; y otro por el que esta última se la había arrendado con cláusula de exclusiva de abastecimiento. El Juzgado de Primera núm. 1 de Alicante admitió, sin entrar en el fondo del asunto la excepción de caducidad de la acción. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Propiedad industrial. Marca. Acción reivindicatoria: requisitos.—La existencia de fraude de los derechos de tercero o violación legal o contractual y la cualidad de perjudicada de la contraparte.

Propiedad industrial. Marca. Acción reivindicatoria: carácter extraordinario.—La acción reivindicatoria fue reconocida por la jurisprudencia como una vía extraordinaria para hacer valer el derecho de dominio de una marca, adquirido por prioridad de uso, en cuyo caso no cabía la acción de nulidad por tener carácter de *numerus clausus* los supuestos del Estatuto de Propiedad Intelectual.

Propiedad industrial. Marca. Acciones reivindicatoria y de anulación.—La acción reivindicatoria que regula el artículo 3.3 LM de 1988 es diferente de la acción de anulación del artículo 3.2 LM, sin que nada obste que la marca objeto de vindicación se halle registrada, pues precisamente una de las notas que caracterizan la acción es que el sujeto pasivo haya solicitado u obtenido el registro de la marca objeto de aquélla.

Propiedad industrial. Marca. Acción reivindicatoria y prescripción.—La prescripción extintiva de la acción reivindicatoria de ninguna manera cabe fundar en un no uso (impropio en las acciones reales, a salvo el artículo 546.2.º CC para servidumbres), ni de una caducidad por no uso real y efectivo.

Propiedad industrial. Marca: imposibilidad de uso.—La imposibilidad supone causa justificativa de la falta de uso, excluyente de la sanción de caducidad ex artículo 4.1, *in fine* de la LM, pues a propósito del precepto precedente del Estatuto —art. 158.5.º— que se refería a caso de fuerza mayor documentalmente justificado, que mal puede usarse la marca cuando se privó

de la empresa al que había de hacerlo, y añade que si la lógica es norma rectora del comportamiento humano y singularmente el jurídico, ello conduce a que no puede posibilitarse el ejercicio de una determinada conducta, cuando se ha impedido al que correspondía tal actuación.

Competencia desleal. Plazo de prescripción: cómputo.—Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal.

Competencia desleal. Plazo de prescripción: interrupción.—Para poder tomar en cuenta la interrupción de la prescripción no basta la existencia de una voluntad contraria a ésta, sino que es preciso indicar que actos concretos, con carácter recepticio se dirigieron a la otra parte haciéndole saber tal voluntad. (STS de 24 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad mercantil *Hotel Ritz de Barcelona, S. A.*, interpuso demanda contra la también mercantil *Inmobiliaria Sarasate, S. A.*, ejercitando una acción de reivindicación de marca y de utilización del signo por la demanda en el menaje, mementos postales y demás enseres de su actividad comercial. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona desestimó la demanda con base, en síntesis, en la prescripción extintiva de la acción de competencia desleal y que la demandante no realiza las actividades para las cuales ha sido concedida la marca, ni ha usado el distintivo «HR» desde hace más de diez años, ni se ha acreditado tampoco que el registro por la demandada implique violación de obligación legal o contractual alguna. Recurrída en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

75. Sociedades anónimas. Escisión: caracteres.—El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) regula, en los artículos 252 a 259, la escisión, total y parcial, caracterizada, entre otras notas, por no ser la sociedad que traspasa en bloque su patrimonio o parte de él, sino sus socios, quienes reciben las acciones o participaciones de las beneficiarias y, por tanto, adquieren la condición de socio de éstas.

Sociedades anónimas. Escisión por absorción: características.—La Sexta Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, contempla la escisión por absorción (arts. 2 a 20) y por constitución de nuevas sociedades (arts. 21 y 22), como operaciones caracterizadas por ser los socios de la escindida, no ésta, quienes reciben las acciones de las sociedades beneficiarias de las aportaciones.

Sociedades anónimas. Aportación de activos: concepto.—Se define, la operación de aportación de activos en la letra c) del artículo 2 de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, como aquella por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación; y la rama de

actividad, en la letra *i*) del mismo artículo, como el conjunto de elementos de activo y pasivo de una división de una sociedad que constituyen, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. En el mismo sentido, y al efecto de precisar su régimen fiscal, el artículo 2.3 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, la describe como aquella por la cual una entidad, sin ser disuelta, aporta a otra entidad la totalidad o una o más ramas de su actividad (esto es, el conjunto de elementos que constituyan una unidad económica autónoma), mediante la entrega de valores representativos del capital social de la entidad adquirente.

Sociedades anónimas. Aportación no dineraria de rama de actividad: diferencia con la fusión.—La aportación no dineraria de rama de actividad, como ha señalado la jurisprudencia con referencia a la segregación o escisión parcial impropia, se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de fuerzas económicas, útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total, en que la sociedad aportante no se extingue; y de las tres operaciones en que no son sus socios, sino ella misma, la que recibe en contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que produce en su patrimonio una subrogación real.

Sociedades anónimas. Aportación no dineraria: necesidad de valoración real.—El que se respete en la valoración, regida por criterios estáticos, los principios rectores de la contabilidad, así como las normas fiscales, no justificaba prescindir, como evidencian las normas que rigen las operaciones de fusión artículo 235.*b*) del TRLSA y escisión (arts. 254 y 255), del valor real de la aportación, único adecuado cuando se utiliza un instrumento jurídico que permite la transmisión de una empresa. Valor real que, por más que pueda ser calculado por diversos métodos, impone tomar también en consideración ciertos elementos de la empresa aportada, como la clientela, las expectativas y, en general, el fondo de comercio, con relevancia económica suficiente para no ser excluidos, cuando se trata de determinar, lo más exactamente posible, la equivalencia entre aportación y contraprestación recibida, en participaciones, por la aportante.

Sociedades anónimas. Conflicto de intereses del socio: causa de impugnación de acuerdos sociales.—El TRLSA no impone al socio un deber de abstenerse de emitir el voto en el caso de conflicto entre sus intereses y los de la sociedad, como hace el artículo 2373 CC italiano (que atiende al supuesto de que el socio actúe «per conto proprio o di terzi»), pero regula, en el artículo 115.1 (al igual que hacía el art. 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951), una causa de impugnación de los acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. Con ello establece, indirectamente, una jerarquía y subordinación de intereses, mediante la admisión de acciones de anulación de acuerdos que, revestidos del ropaje de legalidad, están motivados por la obtención de beneficios que, en el conflicto, debían haber sido sacrificados. Con otras palabras, el artículo 115.1 disciplina la posibilidad de anular acuerdos adoptados con respeto de las disposiciones legales y estatutarias, pero en situación de conflicto entre los intereses sociales y otros ajenos, que los socios mayoritarios afrontan decidiéndose por sacrificar los primeros en utilidad de los segundos.

Sociedades anónimas. Conflicto de intereses del socio: criterio jurisprudencial de esta causa de impugnación de acuerdos sociales.—La jurisprudencia ha declarado: que los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad, por más que éstos resulten de la suma de los de todos aquellos; que no es necesario, para ejercitar la acción de impugnación, esperar a que la lesión se produzca, sino que basta con que sea razonablemente esperada como una consecuencia previsible de la ejecución del acuerdo; que, en todo caso, la lesión o posibilidad fundada de que se derive del acuerdo ha de ser probada para que la acción tenga éxito; y que la aprobación del acuerdo ha de beneficiar, económicamente o de otra manera, a uno o varios accionistas o terceros, aunque no sea simultáneamente a su adopción.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales: principio mayoritario.—El que los acuerdos sociales sean expresión de la voluntad mayoritaria no significa que no puedan ser anulados por alguna de las causas que establece el artículo 115.1 del TRLSA, ni que la declaración de su nulidad sea contraria al principio democrático que rige la vida de los órganos sociales colegiados. (**STS de 7 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Las mercantiles *Sordhold, S. A., F, S. L.* y *Enrovinc, S. A.*, interpusieron demanda impugnando el acuerdo adoptado por la Junta general de la mercantil *José Royo S. A.*, consistente en la aportación no dineraria de la rama de actividad de fabricación de tejidos a *Tejidos Royo, S. L.*, como desembolso de la ampliación de capital que acordara dicha sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de los de Valencia desestimó la demanda. Recurrída en apelación la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo impugnado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

76. Sociedades anónimas. Derecho de información de los socios.—Este derecho se considera inderogable y es instrumental para el ejercicio de otros derechos en la Junta; pero se refiere a los asuntos incluidos en el orden del día de la Junta. De esta manera, la falta de puesta a disposición a favor del socio de los documentos correspondientes infringe el derecho de ser informado.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores.—La jurisprudencia ha exigido que para que nazca la responsabilidad de los administradores que se establece en los artículos 133.1 y 135 TRLSA, se debe probar que concurren los siguientes requisitos: *a)* que se haya producido un daño al socio; *b)* que se haya producido una conducta u omisión de los administradores; y *c)*, que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Sociedades anónimas. Cuentas sociales: tramitación.—La Ley de Sociedades Anónimas vigente establece, en los artículos 171-222, las normas relativas a las cuentas de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la 4.^a Directiva (78/660/CEE). Ahora bien, los administradores no son los autores exclusivos de las cuentas que deben presentarse en la reunión de la Junta general, sino que sólo formulan un proyecto, que será definitivo cuando, examinado por los auditores, sea aprobado por la Junta. Por ello, puede decirse

que el administrador presenta las pruebas, los auditores las comprueban y estos dos documentos son los que se examinan en la Junta general que los aprobará en su caso.

Sociedades anónimas. Cuentas sociales: retraso no culpable.—El retraso del administrador único no fue ni culpable ni negligente, porque aunque insuficientes, las cuentas se presentaron en Junta, acordándose por la misma una nueva reunión para aprobarlas cuando se hubieran completado y por ello mismo, no resultó lesionado el derecho a la información del socio. (STS de 7 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don P. H. W. interpuso demanda contra don J. M. G. S., administrador único de la sociedad *Hell Iberica S. A.*, por incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas a la Junta. El Juzgado de Primera núm. 13 de Madrid desestimó la demanda. La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

77. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores. Compatibilidad de las acciones social e individual de responsabilidad.—No es improcedente la acumulación de las diversas acciones contempladas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para exigir la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Como declara la STS de 9 de marzo de 2006, «es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala [SS de 12 de junio de 1985, 4 de junio de 1990, 14 de octubre de 1993, 8 de noviembre de 1995, 7 de octubre (*sic*) de 1997 y 9 de julio de 1999] la del criterio flexible que ha de presidir el tratamiento y aplicación de la acumulación subjetiva de acciones [...], entendiéndose que procede la misma, a pesar de que el supuesto no se halle comprendido en la literalidad de la norma, si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 154 y 157 del mismo Cuerpo legal, y existe entre las acciones cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta. La conexidad entre la acción dirigida a exigir a la sociedad anónima el pago de las deudas sociales y la que tiene por objeto la responsabilidad de los administradores al amparo del artículo 262.5 LSA surge del tenor de este precepto legal al establecer que los administradores «responderán solidariamente de las obligaciones sociales»; el tratamiento separado de una y otra acción entrañaría el riesgo de resoluciones contradictorias en cuanto a la existencia o cuantía de las deudas sociales de las que han de responder la sociedad deudora y los administradores que incumplen las obligaciones de que nace su responsabilidad».

Acción social de responsabilidad. No lo es aquella en que se alega, no un daño al patrimonio social que haya redundado de manera indirecta o refleja en un perjuicio a los acreedores, sino un daño causado directamente al demandante. Falta de prueba de insuficiencia del patrimonio social para satisfacer la deuda.—La acción social de responsabilidad puede ser ejercida por los acreedores en el supuesto previsto en el artículo 133.1, en relación con el 134.5 TRLSA: «los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos». La

diferencia entre la acción social y la acción individual radica en que la primera tiene por objeto restablecer el patrimonio de la sociedad y mediante la segunda se pretende reparar el perjuicio directo al patrimonio de los socios o terceros (SSTS de 4 de noviembre de 1991 y 29 de marzo de 2004). La función esencial de la acción social es, pues, restablecer el patrimonio de la sociedad, y se funda en la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, en el ejercicio de su cargo que comporte una lesión para el patrimonio social y tenga carácter antijurídico, por ser contraria a la Ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores.

Por ello, no puede considerarse admisible como acción social de responsabilidad aquélla en que se alega el incumplimiento de la obligación de los administradores de convocar la Junta General para que se adoptase el acuerdo de disolución como consecuencia de la situación patrimonial de la compañía y la vulneración de la obligación de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, pero no que estos incumplimientos derivaran en un daño directo al patrimonio social, que redunde en una lesión de todos los socios de la entidad o de todos los acreedores de ésta, sino que el daño que pretende hacerse valer como fundamento del ejercicio de esta acción es el desconocimiento por el acreedor de la situación económica de la sociedad, que le impidió prevenirse o reaccionar frente al de otro modo previsible incumplimiento de los pagos derivados del contrato de *leasing* suscrito con la recurrente, de donde se infiere que el único daño alegado es, en consecuencia, no un daño al patrimonio social que haya redundado de manera indirecta o refleja en un perjuicio a los acreedores, sino un daño causado directamente al demandante como acreedor de la sociedad como consecuencia de la falta de liquidación ordenada de la sociedad y del desconocimiento por el acreedor de la situación económica de la misma por falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

En cualquier caso, en el supuesto de autos obstaría a su procedencia la falta de cumplimiento de un segundo requisito impuesto por la Ley: que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacer la deuda, sin que se ha llevado ahora a cabo una cumplida probanza acerca de las cuentas anuales, situación patrimonial, contabilidad, etc., que revelara, con la necesaria fehaciencia, la imposibilidad de hacer efectivo, con elementos patrimoniales idóneos, el crédito de la demandante.

Acción individual de responsabilidad. Relación entre ella y el incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad. Falta de prueba del nexo de causalidad entre el incumplimiento de obligaciones sociales y el daño producido al acreedor demandante.—La acción individual de responsabilidad de los administradores mercantiles, prevista en el artículo 135 TRLSA exige que se dé una conducta del administrador en el ejercicio de su cargo integrada por actos u omisiones negligentes productores de daños, según un razonable nexo causal (STS de 25 de abril de 2005). En consecuencia, para que nazca la responsabilidad de los administradores que se establece en los artículos 133.1 y 135 LSA, se debe probar que concurren los siguientes requisitos: *a)* que se ha producido un daño al socio o tercero; *b)* que se ha producido una conducta de acción u omisión negligente por parte de los administradores, y *c)*, que existe relación de causalidad entre la conducta y el daño (SSTS de 6 de octubre de 2000, 20 de diciembre 2002, 4 de abril 2003 y 7 de marzo de 2006).

La jurisprudencia ha venido admitiendo la relación entre la acción individual de responsabilidad y el incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad siguiendo los procedimientos legalmente prescritos, como forma de superar el carácter objetivo de la responsabilidad fijada en artículo 262.5 TRLSA: los administradores sociales incurren en responsabilidad solidaria por negligencia por las deudas sociales cuando se limitan a eliminar la sociedad del tráfico mercantil sin proceder a su disolución en la forma prevista por el ordenamiento jurídico y con ello causan daño a los acreedores de la misma. Pero debe notarse que para que sea posible esta asimilación es menester que se pruebe la negligencia por parte de los administradores en el incumplimiento de su obligación de promover de forma ordenada la disolución de la sociedad y el nexo de causalidad entre esta negligencia y el daño producido a los acreedores. Entre las más recientes, la STS de 19 de abril de 2001 declara que «los demandados llevaron a cabo el cierre de facto del establecimiento social, sin haber abonado el crédito pendiente con la entidad actora, y sin haber llevado a cabo, conforme a Ley, la suspensión, quiebra, liquidación o disolución de la sociedad». Todo ello lleva a determinar una actuación negligente, puesto que, sin llegar a una declaración de responsabilidad civil cuasi-objetiva, la doctrina jurisprudencial ha llegado a declarar que los administradores no pueden limitarse a eliminar la sociedad sin más, ya que deben liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente, y que están precisamente orientadas para salvaguardar los intereses de terceros en el patrimonio social, por lo que la no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de producir daño a terceros (SSTS de 21 de mayo de 1992 y 22 de abril de 1994 entre otras).

En el caso en estudio únicamente resta probado el incumplimiento de determinadas obligaciones sociales (falta de presentación de las cuentas a partir del año 1992), pero no se explica cuál es el nexo de causalidad entre esta omisión y el daño producido a la demandante, pues sólo se indica que se impidió a los acreedores conocer la real situación económica de la sociedad, pero este efecto no puede reconocerse en el momento de la firma del contrato, pues en el período anterior se había cumplido la obligación de presentar las cuentas, y los incumplimientos posteriores se producen de forma coetánea con el impago de los recibos, suficiente para llamar la atención del acreedor sobre la existencia de problemas económicos en la gestión de la sociedad, y no cabe presumir el nexo de causalidad, máxime cuando la falta de prueba se debió a la pasividad del demandante en la primera instancia y a un error en la segunda.

Acción de responsabilidad solidaria por incumplimiento de la obligación de liquidación de la sociedad. Falta de prueba de la existencia de esa obligación.—El artículo 262.5 LSA establece que responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en el caso previsto en el artículo 260.4.º TRLSA (pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, salvo las excepciones que se contemplan) el acuerdo de disolución. Sin embargo, en este caso no se ha llevado a cabo una cumplida probanza acerca de las cuentas anuales, situación patrimonial, contabilidad, etc., que revele que la entidad deudora había llegado a la acumulación de pérdidas y que había quedado reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social sin que éste se hubiera aumentado, o reducido, en la medida

suficiente, pues la situación precaria de la sociedad y su paralización de hecho debe ser entendida como subsiguiente, en la explicación de los hechos que dan los demandados, a la disolución acordada por la Junta General como consecuencia de la falta de recursos económicos, y la falta de práctica de la prueba sobre los libros y contabilidad de la sociedad se debió a la pasividad de la demandante en la primera instancia y a un error procesal en la segunda.

Congruencia de la sentencia. Sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda.—La congruencia que se exige de la sentencia se refiere a la correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo, aunque no excluye las omisiones cometidas en la fundamentación de la sentencia si tienen trascendencia en el fallo. Es menester que la sentencia omita examinar o resolver sobre alguna pretensión, o incurra en la preterición de algún aspecto del *petitum* o de la *causa petendi* —es decir, los presupuestos en que se funda la petición—. Basta, por consiguiente, para alejar el vicio de incongruencia que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas y sobre los distintos elementos que integran la *causa petendi*. La concordancia entre las pretensiones aducidas en la demanda y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser entendida de manera literal y rígida, sino que basta que se produzca la racionalidad necesaria y la adecuación sustancial, lo que viene facultado por la necesaria flexibilidad de las sentencias (SSTS de 4 de noviembre y 28 de octubre de 1994 y, entre las más recientes, 18 de julio de 2005).

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia (entre las más recientes, SSTC 188/2003, de 27 de octubre; 210/2003, de 1 de diciembre; 218/2003, de 15 de diciembre; y 223/2003, de 15 de diciembre) lleva a la conclusión de que sólo adquieren relevancia a efectos de integrar la incongruencia aquellas omisiones que dejan imprejuzgada la cuestión principal objeto del litigio y carecen de relevancia aquellas otras que se refieren, según el sentido de la resolución, a alegaciones no sustanciales, que pueden entenderse respondidas implícitamente en la resolución desestimatoria.

La sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda no puede, en principio, ser incongruente, si no se demuestra por su fundamentación que ha dejado de examinarse alguna pretensión formulada por las partes o algún elemento de los que integran la causa de pedir (SSTS de 15 de febrero de 1992, 23 de marzo de 1991, 17 de julio de 1989, 26 de junio de 1987, 17, 31 y 23 de febrero de 2005, entre otras muchas), porque no puede existir incongruencia omisiva cuando no se resuelve una pretensión que resulta excluida, en términos de la lógica jurídica, por la estimación o la desestimación de otra que debe o puede ser examinada con carácter preferente, ni tampoco cuando la omitida es una pretensión accesoria que carece de sustantividad por sí misma y tiene una finalidad instrumental por integrar uno de los presupuestos o requisitos que integran la *causa petendi* necesarios para la estimación de la pretensión directamente analizada y resuelta en la sentencia en sentido desestimatorio.

Carácter instrumental de la acción de declaración de incumplimiento de sus obligaciones sociales por parte de los administradores, respecto de la acción de responsabilidad de los mismos. Inexistencia de incongruencia en la sentencia que se pronuncia sobre ésta y no sobre aquélla. Acciones meramente declarativas.—La pretensión declarativa acerca del cumplimiento de sus obligaciones sociales por parte de los administradores carece de toda sustantividad por sí misma, pues tiene un sentido claramente

instrumental respecto de la acción de responsabilidad de aquellos. La simple declaración de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores, si falta algún otro requisito para la apreciación de la responsabilidad que se solicita, carece de utilidad e interés por sí misma para la demandante. En consecuencia, la desestimación de la pretensión principal sobre responsabilidad de los administradores de la sociedad da cumplida respuesta a la demanda presentada, aun cuando el fallo no contenga pronunciamiento alguno acerca del cumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores, puesto que esta pretensión tiene carácter puramente instrumental en cuanto es expresiva de uno de los elementos o requisitos que integran la responsabilidad.

El Tribunal Supremo tiene declarado (SSTS de 8 de noviembre de 1994, 18 de julio de 1997 y 15 de julio de 2005, entre otras) que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconoce de modo expreso la posibilidad de las acciones meramente declarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas acciones, que 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; pero siempre que la parte que la ejercita tenga interés especial en ello: debe existir duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, cosa que no ocurre cuando la acción declarativa, como sucede en el caso enjuiciado, tiene carácter previo, instrumental y accesorio respecto de la acción principal ejercitada. **(STS de 22 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Entre Banco *BV, S. A.*, y *TG, S. A.*, se concertó un contrato de arrendamiento financiero («leasing») sobre determinadas máquinas o instrumentos financiados por el primero. Con posterioridad, la entidad deudora llegó a incurrir en una acusada crisis financiera, con una falta de cabal liquidez e, incluso, el no cumplimiento, por parte de los administradores, de obligaciones sociales, produciéndose el impago de algunas cuotas de aquel contrato.

Ante ello, el Banco entabló un procedimiento ejecutivo contra *TG, S. A.* para el cobro, por esa vía, de la deuda dimanante del arrendamiento financiero, habiendo logrado la traba sobre las máquinas o instrumentos financiados, sin que conste acreditada la imposibilidad de llevar a cabo embargo sobre otros elementos patrimoniales, y sin que hayan sido constatadas ni la finalización del juicio ejecutivo ni las eventuales consecuencias del seguimiento de la vía de apremio.

Asimismo, el Banco interpuso demanda contra don V. O. P., don F. R. P., don J. L. M. M. y don D. R. C. en solicitud de que se declarase que, en calidad de administradores de *TG, S.A.* habían incumplido las obligaciones inherentes a su cargo; se les condenase al pago de la suma de 8.292.477 pesetas (deuda derivada del citado contrato de arrendamiento financiero), más los intereses al tipo pactado entre la demandante y la sociedad; y se les condenase en costas, manifestando que ejercitaba las acciones social e individual de la responsabilidad por haberse perjudicado los derechos e intereses legítimos de la demandante en su calidad de acreedor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la

Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, el Banco recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

78. Responsabilidad de los administradores. Incumplimiento de obligaciones legales.—El artículo 161.2 LSA establece que «si el acuerdo del capital social quedara sin efecto por suscripción incompleta de las acciones emitidas, los administradores de la sociedad lo publicarán en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y, dentro del mes siguiente a aquel en que se hubiera finalizado el plazo de suscripción, restituirán a los suscriptores o consignarán a su nombre en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos las aportaciones realizadas».

Los administradores tienen la obligación legal de restituir las cantidades aportadas a un aumento de capital incompleto, cuyo incumplimiento genera responsabilidad. No puede alegarse buena administración, según el artículo 127 LSA, cuando estas cantidades se han invertido en el normal desarrollo de las actividades societarias, puesto que correspondía su devolución al no haberse suscrito de forma completa el aumento de capital acordado. De no hacerse así, los administradores incumplen las obligaciones que la Ley les impone, realizando actos contrarios a la Ley que de acuerdo con el artículo 133.1 LSA generan obligación de responder frente al socio.

Acciones de responsabilidad de los administradores (arts. 133 y 135 LSA). Plazo de prescripción.—Si bien a partir de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas la jurisprudencia no mantuvo una solución uniforme acerca de la aplicación a estas acciones de los plazos de prescripción del artículo 949 del CCO, o bien el plazo del artículo 1968.2.º CC, por tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual, la STS de 20 de julio de 2001 acabó con esta polémica, unificando la doctrina y aplicando el artículo 949 CCO y, en consecuencia, la prescripción de cuatro años.

Fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción.—Es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los tribunales de instancia, que sólo puede ser revisada en casación cuando sea incongruente, absurda o arbitraria. El cómputo de las acciones de responsabilidad de los administradores de los artículos 133 y 135 LSA se inicia transcurrido el período fijado para la aportación de ampliación de capital, plazo al que se añade el mes establecido en el artículo 161.2 LSA como término de la devolución de los capitales aportados cuando la suscripción del aumento del capital hubiese resultado incompleto. (STS de 6 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En Junta general celebrada el 2 de julio de 1994 de la sociedad X, S. A. se acordó la ampliación de capital, a realizar en un plazo máximo de once meses a partir del acuerdo. En cumplimiento del acuerdo, el socio don Víctor aportó 7.500.000 pesetas. (45.075,91 euros). Sin embargo, la ampliación no fue completa, puesto que algunos socios no aportaron lo que se acordó en la mencionada Junta; a pesar de esto, no se devolvió a los aportantes la cantidad pagada.

El 21 de junio de 1996, don Víctor demandó a la sociedad X, S. A., y a sus administradores, don Álvaro, don Carlos y don Javier, en reclamación de la devolución de 7.500.000 ptas. (45.075,91 euros).

La sociedad X, S. A., se allanó en parte a la demanda por haber reconocido en la Junta general celebrada el día 2 de agosto de 1996 la obligación de reintegro al socio de la cantidad debida; no se allanó en lo relativo a los intereses pedidos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la sociedad X, S. A., a reintegrar la cantidad reclamada más el interés legal desde la presentación de la demanda y absolvió a los administradores codemandados. La sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso y además de la sociedad, condenó solidariamente a los administradores demandados. Contra esta sentencia se formuló recurso de casación.

NOTA.—No se planteó en la sentencia objeto de anotación la cuestión del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores porque durante el litigio, ambas partes entendieron que la norma aplicable era el artículo 1968.2.º CC y en lo único que discrepaban era en relación al *dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción.

El Tribunal Supremo consideró en esta sentencia que llevaba razón la sentencia dictada por la Audiencia en el cómputo que realizó, que consistió en entender que durante el período de once meses, durante el cual se podía proceder a hacer las aportaciones establecidas para la ampliación del capital acordado por la Junta general, no había empezado el cómputo de la prescripción. Asimismo consideró que la sentencia recurrida estaba en lo cierto al añadir el plazo de un mes establecido en el artículo 161.2 LSA como término de devolución de los capitales aportados cuando la suscripción del aumento de capital hubiese resultado incompleta. De este modo, el Tribunal Supremo considera que aplicando el plazo de un año en los términos de la sentencia recurrida no se produjo la prescripción cuando se interpuso la demanda.

El Alto Tribunal considera que a la misma conclusión se llegaría de aplicar el artículo 135 LSA, puesto que aquí el supuesto de hecho de la acción individual de responsabilidad es la lesión directa de los intereses de los socios. Y esta lesión es patente cuando se ha incumplido la obligación de devolución en el plazo marcado por la Ley. (*M. C. L. J.*)

79. Sociedad de responsabilidad limitada. Derecho de información del socio: contenido.—El derecho a la información tiene dos vertientes: *a*) aquella que se concreta en el momento de recibir el Orden del día de la Junta y antes de su celebración, y *b*) la que se concreta durante la celebración de la propia Junta.

Sociedad de responsabilidad limitada. Derecho de información del socio: características.—Este derecho ha sido considerado por la jurisprudencia como inderogable, irrenunciable y de interpretación amplia, así como, un derecho fundamental inherente a la condición de socio.

Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos: plazo aplicable.—El artículo 56 LSRL se remite a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas en lo relativo a la impugnación de los acuerdos de la Junta general de los accionistas, por ello dado que se trata de la impugnación

de los acuerdos de la Junta general, el plazo aplicable es de cuarenta días del artículo 116.2 LSA.

Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos: legitimación.—Deben aplicarse las reglas de la Ley de Sociedades Anónimas por remisión del artículo 56 LSRL en lo relativo a la impugnación de los acuerdos sociales. De acuerdo con ello, el artículo 117 LSA declara la legitimación de todos los accionistas para impugnar los acuerdos nulos, por tanto en Sociedad de Responsabilidad Limitada, corresponde a todos los socios, sin que sea necesario ningún otro requisito por ser el acuerdo nulo. **(STS de 21 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. I. L. C. interpuso demanda contra *Bombas Prendes, S. L.*, solicitando se declare la inexistencia, nulidad o anulabilidad, de la Junta celebrada el día 17 de julio, así como de los acuerdos adoptados en la misma. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón desestimó la demanda. Recurrida en apelación la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Asturias estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo impugnado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

80. Contrato de compraventa en modalidad CIF. Obligaciones del vendedor y del comprador.—Se trataba de una compraventa CIF, para cuya calificación puede acudir a los *Incoterms*, en su versión vigente en el momento de los hechos. Estaríamos ante uno de los contratos del *Grupo C*, en los que el vendedor se encuentra obligado a concertar y sufragar el transporte de la mercancía, pero sin asumir los riesgos posteriores a la carga. En esta modalidad el vendedor ha de asegurar las mercaderías hasta la llegada al puerto de destino designado por el comprador. El riesgo pasa al comprador cuando la mercancía traspase la borda o «empalleteado» del buque. Esto se traduce en que el vendedor debe cargar por su cuenta la mercancía a bordo del buque en un plazo razonable, avisando sin demora al comprador, y suministrar por su cuenta y en forma transferible una póliza de seguro marítimo contra los riesgos de transporte a que dé lugar el contrato, en tanto que el comprador debe recibir la mercadería en el puerto de destino convenido, asumiendo, salvo el flete y el seguro, los costes causados por la mercadería durante su transporte por mar hasta la llegada al puerto de destino, así como los gastos de descarga, a menos que estén comprendidos en el flete, así como asumir todos los riesgos que pueda correr la mercadería a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque (SSTS de 31 de marzo de 1997, 3 de mayo de 1991 y Auto de 16 de marzo de 2004).

Contrato de seguro marítimo. Indemnización abonada al vendedor y no al comprador. Posibilidad de ejercicio de la acción subrogatoria por la compañía aseguradora. Supuestos en que procede.—Esta Sala ha considerado que el pago efectuado al vendedor por la compañía aseguradora no era liberatorio y no daba causa a la subrogación (cfr. SSTS de 31 de marzo y 3 de octubre de 1997 y 21 de noviembre de 2001). Pero tal solución ni es unánime, ni, en todo caso, puede aplicarse al supuesto que se contempla. Lo primero, porque se encuentran decisiones en las que la legitimación del vendedor frente a la aseguradora se reconoce en virtud de un pago legítimo

(SSTS de 21 de junio de 1988 y 31 de marzo de 1997). Pero, sobre todo, han de valorarse el hecho de que la mercancía sólo en parte estuviera cargada o hubiera traspasado la borda del buque, que, además, fuera posteriormente descargada, zarpando el barco sin ella hasta según parece, que fuera enviada en una posterior expedición. Igualmente, que la estiba fuera realizada defectuosamente por la compañía contratada por la vendedora, dando causa al siniestro, en concurrencia con la negligencia del capitán del buque. La vendedora tenía, de este modo, acción contra la arrendataria de obra de la estiba y contra la naviera, en tanto no se ha producido reclamación de la parte compradora.

Contrato de transporte marítimo. Régimen de conocimiento de embarque. Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y Ley de 22 de diciembre de 1949. Responsabilidad del capitán de buque en las tareas de carga y descarga de la mercancía.—Estamos ante un supuesto de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, al que sería aplicable la Ley de 22 de diciembre de 1949, que introduce en nuestra legislación las normas del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, que contiene las llamadas «Reglas de La Haya-Visby». De acuerdo con tales reglas, el porteador ha de proceder «de manera apropiada y cuidadosa a la carga, conservación y descarga de las mercaderías transportadas» (art. 3.2). Y toda cláusula, convenio o acuerdo que «exonere al porteador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño referente a las mercaderías que provengan de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones señalados, o atenúen la responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en el presente Convenio, serán nulos y sin efecto y se tendrán por no puestos» (art. 3.8).

Conocimiento de embarque. Modalidad FIO, FIOS y FIOST. Cláusulas financieras que no modifican el régimen de responsabilidad por las operaciones de estiba y desestiba de la carga.—La cláusula FIO (*Free In and Out*) significa «carga y descarga sin coste para el buque»; en tanto la modalidad FIOS (*Free In and Out Stowed*) vendría a traducirse como «carga, descarga, estiba, desestiba sin coste para el buque» («*stowed*» es el almacenamiento que se aplica a las mercaderías embaladas o empaquetadas). La variante FIOST (*Free In and Out Stowed/Trimmed*) se aplica a la nivelación de mercaderías a granel. En general, se pone de relieve por la doctrina que la cláusula FIO, FIOS o FIOST se ha de traducir en un reparto de costes en el seno de la economía del contrato. A veces, las fórmulas impresas indican que la carga ha de ser realizada por los cargadores y sus agentes, libres de riesgo, responsabilidad y coste de cualquier clase para el buque, de tal modo que se intenta poner a cargo del cargador no ya el coste sino el riesgo de las operaciones de carga-descarga y estiba-desestiba. Pero, entendida la estiba como la operación que consiste en fijar y disponer la carga en el interior del ingenio que la contiene, en ausencia de una contraindicación, la estiba bajo todos sus aspectos incumbe al fletador, y la mera indicación de que los costes serán soportados por el cargador no basta para invertir esta regla. Es lo que se deduce del artículo 3.8 de las Reglas de La Haya-Visby. De este modo, en principio la cláusula FIOS es una cláusula financiera, salvo indicación contraria. El principio se explica perfectamente por la economía del contrato, pues en el flete el tiempo corre contra el fletador, cuyo interés estriba en ver realizar el viaje en el menor tiempo posible, liberando su navío para la realización de un nuevo viaje (en similar sentido, SSTS de 3 de octubre de 1996, 22 de febrero

de 1999, 19 de abril de 2001 y 21 de marzo de 2006). (STS de 30 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La mercantil *A. Ch., S. A.* vendió una partida de tela asfáltica a la empresa argelina *O. P. G. I.*, en la modalidad de compraventa CIF. Cuando la mercancía estaba siendo estibada en el buque por la compañía estibadora *N. B., S. L.*, se produjeron daños a la carga como consecuencia tanto de una defectuosa manipulación de la misma por el personal encargado de la estiba, como por un incumplimiento de los deberes de vigilancia propios del capitán del buque. *S. E., S. A.*, como aseguradora de la empresa vendedora, indemnizó a ésta por los daños sufridos en la mercancía. A continuación la aseguradora ejerció la acción de repetición contemplada en el artículo 780 CCO., contra la empresa estibadora *N. B., S. L.*, como causante directa del daño; y contra la naviera *C. T., S. A.* y la armadora *M. N. S.*, como responsables de la culpa o negligencia en que habría incurrido el capitán, pidiendo la condena solidaria de todas al pago de la indemnización abonada. El motivo principal de oposición de los demandados radicó en que la aseguradora no había pagado a quien soporta el riesgo en una venta CIF, esto es, el comprador, y por tanto no podía operar la subrogación pretendida. El Juzgado de Primera Instancia acogió la oposición planteada y absolvió a las tres demandadas. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación de la aseguradora y, con estimación de la demanda, condenó al abono de la cuantía solicitada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por las demandadas comparecientes. (*L.-A. P. M.*)

81. Transporte marítimo de mercancías. El consignatario de buques y su responsabilidad.—La Audiencia Provincial, dando por supuesta la responsabilidad de la porteadora, mantuvo la extensión solidaria de su condena a la consignataria del buque, tras negar que, por la fecha en que se había promulgado, fuera aplicable al litigio la reforma del artículo 73.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante, llevada a cabo por el artículo único, apartado 30, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre.

El Tribunal de apelación, en efecto, declaró la responsabilidad de la consignataria demandada en aplicación de los artículos 586.2 CCO y 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de ciertas reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes.

Las recurrentes, en el motivo que se examina, denuncian (por la vía del art. 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) la infracción de los artículos 1, 2 y 3 en relación con los artículos 5.1, 9.2.c) y d) y 10, de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del contrato de agencia, así como del apartado 30 del artículo único de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que modificó el artículo 73.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de puertos del Estado y de la marina mercante.

Realmente, con la invocación de tales preceptos lo que las recurrentes sostienen es que la consignataria del buque no responde frente a los cargadores o destinatarios de la mercancía por lo que constituye un deficiente cum-

plimiento de la prestación debida por la porteadora, ya que no había asumido tal posición contractual.

El recurso debe ser estimado por este motivo, por las razones que seguidamente se exponen:

I. El CCO menciona al consignatario en algunos preceptos (arts. 113.4, 578, 610.4.^a y 6.^a y 611.1.^o) pero sin regular con detalle la relación que une a dicho auxiliar de la empresa de navegación con el naviero.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante, define al agente consignatario del buque y lo hace (*a los efectos de esta ley*) como la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque, haciéndose responsable del pago de las liquidaciones que por tarifas u otros conceptos originados por la estancia de buques en el puerto sean practicadas por la autoridad portuaria o marítima.

II. La variedad de vínculos que pueden unir al consignatario con el naviero, las múltiples funciones que el mismo, como empresario, puede asumir en relación con el transporte y la insuficiente regulación de la consignación, unida a la mayor facilidad que representa demandar a quien está establecido en el puerto de origen o destino del transporte, han provocado una viva polémica sobre la responsabilidad de dicho auxiliar del naviero frente a los interesados en la carga, cuando ésta soporta daños o pérdidas como consecuencia de una deficiente ejecución del contrato de transporte.

El citado artículo 73 de la Ley 27/1992, pretende resolver la cuestión al proclamar la responsabilidad del consignatario, a modo de un garante solidario del naviero o propietario del buque. Si bien lo hace, a los efectos de la propia Ley y por los pagos correspondientes a los servicios portuarios en sentido estricto (esto es, *las liquidaciones que por tarifas u otros conceptos originados por la estancia de buques en el puerto sean practicadas por la Autoridad Portuaria o Marítima*).

Ha buscado zanjar la polémica el apartado 30 del artículo único de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que modificó el artículo 73 antes citado, para disponer que *la responsabilidad del consignatario no se extenderá al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el naviero para con los cargadores o receptores de las mercancías transportadas por el buque*. Sin embargo, esa norma, como declaró el Tribunal de apelación, no estaba en vigor cuando los hechos fuente de la obligación de indemnizar acaecieron.

III. Al tratar esta cuestión la jurisprudencia ha utilizado diversos expedientes. En algunas sentencias esta Sala puso en relación las funciones del capitán del buque con las del consignatario, destacando la originaria de éste como sustituto de aquél con el fin de que la estancia del buque en el puerto fuera la menor posible.

En la S de 24 de junio de 1904, en un supuesto en que el consignatario había entregado la carga a quien no era tenedor del conocimiento de embarque, casó la sentencia absolutoria de la Audiencia Territorial con el argumento de que *«todas las obligaciones impuestas por el CCO al capitán de un buque respecto de la entrega del cargamento a los respectivos consignatarios de la casa naviera, cuando dicha entrega se hace a éste, por ser quien asume entonces, en virtud de dicha representación, aquellas obligaciones, hasta que sean recogidas las mercancías por sus respectivos dueños, pues la coexistencia de estas dos personas no se halla establecida para fines distintos; consistiendo la primera y principal obligación en hacer entrega de la mercancía a la persona que presente el conocimiento extendido o endosado*

a su favor o depositarla, en su caso, a tenor de lo prescrito en los artículos 625, 711 y 369 CCO, sin que pueda variar por sí el destino de las mercancías, como se previene en el 712...».

La S de 5 de enero de 1925, al resolver un conflicto también surgido por la entrega de la carga (que se efectuó sin exigir al *accipiens* previamente el pago del precio, como había impuesto la vendedora cargadora), destacó que el capitán *«según previene el artículo 625, también bajo su responsabilidad, debe entregar dicho cargamento a los consignatarios y, en caso de no presentar legítimo portador de los conocimientos, ha de poner el cargamento a cargo de la autoridad competente, para proveer al depósito, conservación o custodia, y esta serie de obligaciones del capitán no puede menos de entenderse trasladadas al consignatario de la casa naviera cuando dicha entrega se hace a éste, por ser quien asume entonces en virtud de dicha representación aquellas obligaciones, hasta que sean recogidas las mercancías por sus respectivos dueños...».*

En numerosas ocasiones la jurisprudencia identificó al consignatario con el naviero, al efecto de hacerle responsable de aquellos daños o pérdidas, frente a los cargadores o destinatarios de la carga, como ha hecho la sentencia aquí recurrida.

En las SS de 2 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1986, 18 de octubre de 1988, 10 y 23 de noviembre de 1993 y 2 de octubre de 1995 siguió esta Sala el referido criterio, con apoyo en el párrafo segundo del artículo 586 CCO (según el que se entiende por naviero la persona encargada de avituallar o representar el buque en el puerto en que se halle) y en el artículo 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 (conforme al que se entenderá por naviero el propietario del buque que lo pertrecha, dota, avitualla y lo explota por su cuenta y riesgo, y también la persona encargada de representar al buque en el puerto en que éste se halle).

En particular, la S de 2 de noviembre de 1983 rechazó la argumentación de la recurrente, que negaba ser porteadora por no haber celebrado el contrato de transporte como tal y declaró que era una *representante general en España del naviero...*, conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1949, *... representación que se especifica en el contenido de consignatario de buque y a la misión fundamental de realizar el transporte convenido se adhieren como consustanciales la cualidad de porteador que efectivamente se comprometió a verificar el transporte, en cuya obligación le sustituye indudablemente la persona encargada de representar al buque en el puerto en que éste se halle... y, como tal, de acuerdo con el artículo 6 de la indicada Ley, será civilmente responsable de todas las averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones a favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán...*, añadiendo que de las varias funciones que pueden desempeñar los consignatarios de buque una de ellas es ostentar un poder de representación, cuyo ámbito aparece señalado en la Ley, en virtud del cual se adquieren las obligaciones de porteador y naviero en el puerto donde se halle el buque, sin perjuicio de la relación interna, sin efectos para terceros, entre el consignatario y las entidades por quienes actúa...

También la S de 14 de febrero de 1986 declaró que *a tenor del artículo 3 en relación con el 2, ambos de la Ley de 22 de diciembre de 1949, el consignatario del buque tiene el concepto de porteador a los efectos de asumir las responsabilidades propias del comercio internacional de mercancías por mar (arts. 6 ss. de dicha Ley) y, por tanto, es manifiesta la legitimación pasiva de tales consignatarios en el pleito en que se traten de hacer efectivas*

dichas responsabilidades... dado que el consignatario, como representante del buque, se responsabiliza de las consecuencias dañosas de su actuar culposo o negligente y está legitimado en el proceso en que traten de hacerse efectivas...

La misma doctrina inspiró la S de 10 de noviembre de 1993, según la que *la legitimación pasiva de la compañía... es, sin embargo, evidente dado su carácter de agente o consignataria del buque*. Se hizo eco el Tribunal en dicha sentencia de *parte de la doctrina moderna que entiende superada la equiparación del consignatario de buques al naviero, que contiene el artículo 586 CCO, como este propio Tribunal parece indicar en su S de 25 de junio de 1977, cuando habla de que no es unitaria la naturaleza del consignatario de buques y que, como también dice la S de 8 de octubre de 1966, su configuración varía en los distintos supuestos que la realidad manifiesta, pero siguió en el caso el criterio estricto del artículo 586, que es el mismo mantenido en el artículo 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1949..., admitiendo la responsabilidad del agente consignatario de buques frente a los destinatarios de la carga mediante la asimilación de aquél a la figura del naviero...*

En otras oportunidades esta Sala aplicó a la responsabilidad del consignatario de buques frente al cargador o destinatario de la carga, las normas de la comisión, distinguiendo según que hubiera contratado el transporte en nombre propio o del porteador, conforme a las reglas de la representación, indirecta o *proprio nomine* y directa o *alieno nomine*.

La S de 8 de octubre de 1966, en un caso en que el retraso en el inicio del transporte había producido pérdidas para el cargador, destacó la naturaleza variable del consignatario de buques (*que no es tan simple como el recurso pretende ni responde siempre a un concepto unitario, puesto que unas veces forma parte del personal de la empresa marítima naviera y otras, por el contrario, se trata de un comerciante individual o colectivo que ejercita en su propio nombre un género de comercio que es el típico de los comisionistas*), así como la necesidad de distinguir si actúa como dependiente del naviero o como profesional independiente y, en este supuesto, en representación directa o no del mismo (*...pueden variar las funciones que le están atribuidas, careciendo unas veces de poder del naviero y teniendo otra un poder de representación de éste, de acuerdo con cuyo contenido puede ser asimilado a un dependiente, a un apoderado general o a un factor mercantil que es, por tanto, una de las posibilidades configurativas y no la única, como se dice en el escrito de recurso*), para concluir afirmando que, puesto que el consignatario intervino de *una manera personal y directa sin que para nada mencionase ni aparezca el nombre de la casa naviera propietaria del buque en que había de realizarse el transporte..., en un contrato en que el consignatario demuestra ejercer el comercio en su propio nombre, sin relación alguna de dependencia estable y permanente con el naviero..., será dicho consignatario quien asumirá las responsabilidades derivadas del transporte al modo como declaró el Tribunal a quo*.

La S de 25 de junio de 1977, en un litigio en que se exigía que el consignatario del buque respondiera por los daños producidos por un incendio que se había originado en el puerto de destino y extendido a la carga una vez depositada en él, reiteró las argumentaciones sobre la naturaleza jurídica de dicho auxiliar e insistió en la aplicación de las normas de la comisión, pero, por considerar que el daño se había producido terminado ya *el transporte propiamente dicho*, aplicó las normas del depósito en consideración a que aquella había quedado en su poder y custodia.

IV. Una interpretación de las normas sobre responsabilidad de que se trata, coherente con la lógica peculiar del mercado, con la correlación que conviene se dé entre aquella, la imputación del daño, el control de la acción que lo produce y, al fin, los mecanismos jurídicos que potencian el máximo de eficiencia en las prestaciones profesionales, lleva a situar al consignatario fuera del ámbito de los artículos 586, párrafo segundo, CCO y 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 y, al fin, a someter su responsabilidad frente a los cargadores o destinatarios de la carga, por los daños o pérdidas producidas en la ejecución de la prestación de transporte marítimo, como es el caso (según declaración de la sentencia recurrida), a las normas del contrato de comisión o, en su caso, de agencia, ya que, al fin, se trata de un empresario independiente que, por cuenta del armador o naviero, se obliga a atender las necesidades del buque durante su estancia en el puerto.

De modo que sólo responderá por la deficiente ejecución del transporte cuando lo haya contratado en su propio nombre, no en el de su principal, como resulta de la aplicación de los artículos 246 y 247 CCO y, en su caso, 1 de la Ley 12/1992.

Con esta doctrina, que se traduce en la desestimación de la acción de condena dirigida contra C, seguimos la apuntada en las citadas SS de 8 de octubre de 1966 y 25 de junio de 1977 y no la que lo fue en las de 2 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1986, 18 de octubre de 1988, 10 de noviembre de 1993, 23 de noviembre de 1993 y 2 de octubre de 1995, por las razones que han quedado expuestas, que no responden a una ruptura ocasional y aislada de la jurisprudencia y reacomodan a las exigencias que el Tribunal Constitucional reclama en beneficio del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (SS 117/2004, de 12 de julio, y 75/2005, de 4 de abril, entre otras). **(STS de 22 de marzo de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El conflicto de intereses resuelto por la sentencia recurrida se suscitó en la ejecución de un contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, entre la destinataria de la carga (A), por un lado y la porteadora (B) y la consignataria del buque (C), por otro. A había comprado una partida de camarón rojo congelado a D en Costa Rica y contrató a B para la realización del transporte de mercancía hasta Barcelona y a C como consignataria del buque en el puerto de destino. En el conocimiento de embarque se expresó que la mercancía debía mantenerse a una determinada temperatura. Al ser descargada en Barcelona para ser transportada por tierra hasta Valencia se advirtió que el contenedor que encerraba la partida de camarón no guardaba la temperatura precisa, lo que fue causa de la pérdida de parte importante de la carga. A demanda a B y C pretendiendo su condena solidaria a indemnizarle por la parte correspondiente al precio de compra de la mercancía perdida, más los gastos generados por su despacho y la destrucción correspondiente. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia mantuvo la condena de las demandadas apelantes pero la redujo a la indemnización de los gastos soportados por la demandante por entender que la tramitación ante otro Juzgado de un declarativo entablado por D contra A en reclamación del precio de venta del camarón rojo producía un efecto de litispendencia. Recurren en casación las partes litigantes esti-

mándose ambos recursos con la consecuencia de desestimarse la demanda contra la consignataria C y estimarse íntegramente contra la porteadora B. (R. G. S.)

82. Contrato de agencia. Reclamación por el agente de una indemnización de daños y perjuicios por resolución unilateral por la entidad empresaria; improcedencia por existencia de incumplimiento contractual del agente.—En el caso en estudio existió causa justificada para la resolución contractual efectuada por la entidad empresaria, siendo los hechos valorados claramente significativos de ausencia de mala fe o de ejercicio abusivo de la facultad resolutoria, por lo que la desestimación de la indemnización es plenamente conforme al artículo 30.a) de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, con arreglo al que «el agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones contractualmente establecidas a cargo del agente», y a la doctrina jurisprudencial que, tanto antes como después de la Ley referida, viene rechazando la procedencia de cualquier tipo de indemnización cuando la resolución unilateral del contrato de agencia o de concesión de duración indefinida no ha tenido lugar de forma abusiva o con mala fe (entre otras, SSTs de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1999, 13 de junio de 2000, 13 de junio y 15 de febrero de 2001; 10 de abril, 3 de octubre, 8 de noviembre y 20 de diciembre de 2002; 26 de abril y 13 de octubre de 2004, y 13 de junio y 19 de diciembre de 2005. (STs de 17 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Entre la compañía aseguradora *HH, S. A.*, y don J. C. Z. G. se concertó el 1 de febrero de 1984 un contrato de agencia de seguros. El 14 de febrero de 1995, la aseguradora procedió a resolver el contrato por incumplimiento de sus obligaciones por el agente.

HH, S. A., interpuso demanda contra don J. C. Z. G., como deudor principal, y doña M. C. S. C. y don S. M. C., como fiadores solidarios, en solicitud de que se les condenase al pago de la cantidad de 3.700.000 pesetas, intereses de la misma desde el día 2 de enero de 1995 hasta el de la interposición de la demanda al tipo del 12% y los legales sobre ambas sumas desde dicha fecha hasta su completo pago, además de las costas. A ello contestaron don J. C. Z. G. y doña M. C. S. C., «de conformidad con los pedimentos de la actora a los que habrán de compensarse las sumas que resulten de la demanda reconventional, sin expresa imposición de costas al demandado por no existir en el mismo ningún tipo de mala fe», y formularon reconvenición solicitando la condena de la Cía. Aseguradora *HH, S. A.*, a estar y pasar por la declaración de que resolvió unilateralmente el contrato de agencia con don J. C. Z. G. sin causa ni motivo alguno para ello; indemnizar como consecuencia de dicha resolución unilateral al citado agente, por la pérdida de su cartera de clientes y su facturación desde el 15 de febrero de 1995 hasta la actualidad, y que se calcula en la suma de 35 millones de pesetas, sin perjuicio de que, por vía de ejecución de sentencia, se fijen las bases para la cuantificación económica de la citada

indemnización, en la que irá incluido el lucro cesante; se indemnice al agente, por el daño moral padecido y que se ha traducido en un estado de «stress» que le ha causado una grave enfermedad coronaria; abone al demandado reconviniente la suma de 1.125.583 pesetas correspondientes a una certificación de pago que el demandado todavía no ha percibido; y, debido a la mala fe que ha manifestado la demandante reconvenida, al pago de las costas, aun en el supuesto de que se estimase parcialmente la demanda. A don S. M. C. se le declaró en rebeldía, al no haberse personado en las actuaciones en plazo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, desestimando en su totalidad la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación por don J. C. Z. G. y doña M. C. S. C., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don J. C. Z. G. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

83. Contrato de cuenta corriente bancaria. Concepto.—La jurisprudencia ha precisado que este contrato, en el Derecho español, es una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado «Servicio de Caja», encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista.

Contrato de cuenta corriente bancaria. Naturaleza jurídica.—El contrato de cuenta corriente, contrato atípico, se encuadra dentro de la comisión mercantil, en la que la entidad bancaria debe ejecutar lo pactado con el cliente, siendo esencial su obligación de conservar y devolver los fondos depositados como se haya previsto en el contrato y se haya ordenado por las personas autorizadas para disponer de ellos.

Contrato de cuenta corriente bancaria. Diferencia con el depósito bancario.—La cuenta corriente bancaria ha ido adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene y el Banco en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente, con sus abonos y cargos.

Contrato de cuenta corriente bancaria. Obligaciones de la entidad bancaria.—La entidad financiera está obligada a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia. La obligación de conservación y devolución conjuntos y más concretamente que, tanto el Código Mercantil como el civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable.

Contrato de cuenta corriente bancaria. Disponibilidad de los fondos por los titulares: titulares plurales.—Las cuentas corrientes expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuran como titulares de las mismas contra el Banco que los retiene y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los

saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios por la originaria pertenencia de los fondos. (STS de 9 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La mercantil *Promociones Inmobiliarias de Villena, S. A.*, interpuso demanda contra Caja de Ahorros de Valencia suplicando que se condene a la demandada al abono de ciertas cantidades de dinero por vulneración de contrato de cuenta corriente. El Juzgado de Primera núm. 1 de Villena estimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia estimando el recurso de la entidad financiera demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

84. Cuenta de ahorro: naturaleza jurídica.—Se trata de un depósito bancario, un depósito de numerario, que tiene carácter real y oneroso. De él nacen dos fundamentales obligaciones para el Banco o entidad financiera: un deber de custodia y un deber de restitución.

Aunque carece de un régimen legal que lo regule sistemáticamente, en la doctrina y en la jurisprudencia no se duda de que, para integrar los pactos de las partes, son aplicables los artículos 303 a 310 CCO y con carácter supletorio los artículos 1758 a 1784 CC. Y así, el depositario responde por culpa de los menoscabos, daños y perjuicios de las cosas depositadas, de su conservación y riesgos; en ellos se comprende la desaparición del numerario, que sólo cabe restituir al depositante, a sus causahabientes o a la persona designada en el contrato.

Cuenta corriente: naturaliza jurídica del «servicio de caja».—A juicio del Tribunal Supremo, ha de ser encuadrado en nuestro sistema dentro del marco general del contrato de comisión mercantil (SSTS de 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 9 de octubre de 1997), sea cual fuere la naturaleza jurídica que se atribuya a la cuenta corriente bancaria (como contrato autónomo, un contrato ómnibus, como contrato mixto con prevalencia de la idea de comisión o mandato, como un pacto accesorio dentro del contrato de depósito o siguiendo la tesis unitaria, como subespecie de la cuenta corriente mercantil).

El servicio de caja es, pues, una relación de gestión en utilidad del cliente que implica un servicio por cuyo desarrollo la entidad bancaria o financiera percibe una remuneración. De tal relación derivan los deberes de rendición de cuentas, de información, de actuar conforme a las instrucciones recibidas y, en todo caso, con la *diligentia quam in suis*, pues se responde por culpa, cuyo rigor será mayor o menor en función del carácter retribuido o gratuito del mandato.

Obligación del empresario de conservar la documentación: artículo 30.1 CCO.—Dice el precepto citado que «los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales».

Según afirma la STS de 14 de noviembre de 2001, la norma citada «se limita a establecer un período mínimo de tiempo durante el cual, en atención

a intereses de carácter general (de los acreedores, de los trabajadores al servicio del empresario, de carácter fiscal...) ha de conservar el comerciante los documentos que se hayan ido generando durante el desarrollo de su actividad, pero en modo alguno le releva de la carga de conservar, en su propio interés, toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período en que –a tenor de las normas sobre prescripción– pueda resultarle conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas». En fin, en ningún caso el artículo 30 CCO obliga a destruir los documentos. (STS de 24 de marzo de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.–El presente litigio se produce entre la Caja Postal, demandada, y la representación de la herencia yacente del titular de una imposición a plazo y dos cuentas corrientes contratadas con la mencionada entidad. La demandante reclama la entrega de los saldos que presentaban el día del fallecimiento del causante las cuentas mencionadas, más los intereses correspondientes, a título de indemnización de daños y perjuicios; a juicio del actor, sería efecto de la negligencia de la entidad financiera que los saldos existentes en dicha fecha hubieran sido reducidos a cero por operaciones efectuadas después del fallecimiento del titular.

Los datos temporales que deben tenerse en cuenta a efectos de una adecuada comprensión de los antecedentes de hecho son los siguientes: *a)* el 1 de diciembre de 1987, fecha de apertura de las cuentas; *b)* el 14 de abril de 1988, día en que fallece el titular de las tres relaciones señaladas; *c)* el período comprendido entre el fallecimiento del titular y el 6 de enero de 1993, en el que se realizan diversas operaciones en las cuentas; *d)* dentro del período anterior, destaca el 30 de agosto de 1990 pues ese día se produce un reintegro de seis millones de pesetas de la cuenta de ahorro, que se traspaasa a una de las cuentas corrientes para inmediatamente después proceder a la compra de valores; *e)* el 9 de junio de 1994, los herederos del titular comunican el fallecimiento a la Caja Postal y exigen la remisión de la documentación que la entidad financiera no conserva, alegando en su defensa lo dispuesto en el artículo 30 CCO (plazo de conservación de la documentación).

Además de los datos arriba reseñados, es importante tener en cuenta que, a pesar de que en la ficha de apertura de cuenta corriente el domicilio que consta a efectos de correspondencia a remitir al titular era el de la residencia efectiva del mismo, los extractos de las operaciones realizadas entre el fallecimiento del titular y el año 1993 eran enviados al domicilio del negocio familiar, de cuya dirección se había retirado el causante antes de morir y que dirigió uno de sus hijos durante un período de tres años tras el fallecimiento.

En primera instancia se desestima la demanda, confirmando la Audiencia dicha resolución.

El Tribunal Supremo, sin embargo, acoge el recurso de casación interpuesto por la parte actora, aunque sólo en parte; el Alto Tribunal considera que dentro de las operaciones realizadas desde el fallecimiento del titular, el reintegro en efectivo de la imposición

a plazo fijo debe recibir un tratamiento distinto al resto. En concreto, cabe justificar que las cuentas corrientes siguieran operando, pues no puede imputarse a nadie que la entidad no conociera el óbito del titular, pero en la disposición de los seis millones de pesetas reintegrados, traspasados y posteriormente invertidos, ha de apreciarse negligencia por parte de la entidad demandada. (*B. F. G.*)

85. Contrato de descuento: concepto y efectos.—Según reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1986, 18 de marzo de 1987, 3 y 24 de abril de 1992 y 6 de noviembre de 1996), el contrato de descuento bancario, de creación jurisprudencial, consiste en que el banco descontante, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, anticipa a su cliente, cedente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, recibiendo con ello la titularidad del crédito cedido. La cesión del crédito que hace el descontatario al descontante, no implica el pago del anticipo recibido, sino una cesión para pagarlo si el crédito llega a buen fin, es decir, si ha sido cobrado por el descontante; por el contrario, si éste, pese a actuar diligentemente, no consigue el cobro, conservará su acción para exigir el reintegro al descontatario, nacida del contrato de descuento. El contrato de descuento instrumentalizado en letras de cambio —muy habitual en el tráfico jurídico— convierte al banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito incorporado a ella y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato, como efecto principal, el derecho del banco a exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada. (**STS de 3 de abril de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Don M. G. C. —aceptante de varias letras de cambio cuyo importe había anticipado una entidad bancaria a la librajora de los títulos en ejecución de un contrato de descuento— demanda a la citada entidad bancaria por cobro de lo indebido, al haber adeudado dos veces en su cuenta corriente el importe del crédito cedido. Con la interposición de tal demanda pretende que se condene a la cesionaria del crédito a restituirle la suma a que ascendía el erróneo segundo adeudo, así como a indemnizarle los daños y perjuicios derivados de esa actuación.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Por el contrario, la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por don M. G. C. y condena a la entidad bancaria a restituirle lo que le había cobrado sin derecho. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad. (*M. C. C. M.*)

86. Contrato de seguro. Mora de la aseguradora. Imposición del interés del 50% del artículo 20 LCS. Justificación.—La imposición de la obligación de pagar intereses se funda en la mora de la aseguradora, para reducir las prácticas dilatorias en que con frecuencia éstas incurrir. Y sólo con una actuación que evite la mora se puede eludir el pago de estos intereses (STS de 7 de octubre de 2003).

Criterios jurisprudenciales para determinar la mora de la aseguradora.—La jurisprudencia del Alto Tribunal ha ido configurando las causas de mora de las aseguradoras, señalando que carece de justificación la mera oposición al pago, así como las maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, como negar la existencia del contrato (STS de 8 de noviembre de 2004). No concurrirá la mora cuando la misma esté fundada en una causa justificada, como acontece si no están determinadas las causas del siniestro, si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las causas del siniestro surgen claras sospechas de que pueda haber sido ocasionado por el propio asegurado (SSTS de 22 de octubre y 10 de diciembre de 2004). Es claro y debe destacarse que la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario. El litigio se inició no tanto por causa de la oposición de la viuda del hijo del demandante, cuanto por la negativa de la aseguradora al pago de las indemnizaciones acordadas, alegando la nulidad del contrato que ella misma había aceptado como parte del mismo, y sin recurrir siquiera a la consignación de dicho importe. Por lo que le es imputable la conducta provocadora de la mora. (STS de 14 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm.a Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El actor suscribió con la compañía aseguradora un seguro múltiple en el que, entre otras cosas, se aseguraban la muerte y otros riesgos. Los asegurados eran los hijos del actor, el cual a su vez figuraba como tomador y beneficiario de los seguros suscritos. En la póliza no constaba la aceptación expresa de aquéllos, pero en la prueba del juicio se demostró que lo conocían y estaban de acuerdo con lo concertado por el padre. A las pocas semanas de celebrado el contrato, uno de los hijos falleció en un accidente de tráfico. El padre solicitó a la Compañía el pago de la suma asegurada. Ésta se opuso al entender que el seguro suscrito era nulo al faltar el consentimiento expreso del asegurado. Iniciado el proceso, compareció en el mismo la viuda del fallecido, pretendiendo tener derecho al cobro de la indemnización. El Juzgado desestimó la demanda y acogió la oposición de la Compañía de seguros. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante y condenó a la aseguradora al pago de la cantidad acordada en el contrato más el interés legal incrementado de un cincuenta por ciento desde la fecha del fallecimiento. La Compañía de seguros interpuso recurso de casación, al considerar injusta la aplicación de los intereses de demora previstos en el artículo 20 LCS, pues consideraba que éstos sólo eran procedentes cuando el retraso en el abono se debía a causa imputable a la aseguradora, lo que no era el caso pues la demora en el abono se debía a la intervención en el pleito de la viuda del fallecido. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

87. Contrato de seguro. Cuestionario: deberes de las partes.—La jurisprudencia ha resaltado la necesidad de poner en relación las inexactitudes del cuestionario con una previsión de sus consecuencias en la póliza, enlazando el deber de respuesta del artículo 10 LCS con el de exigir contes-

tación que incumbe al asegurador; y, que vincula a la aseguradora a su conducta comercial durante la vida del contrato cuando sea reveladora de que determinadas omisiones del asegurado son en realidad irrelevantes.

Contrato de seguro. Cuestionario: alcance.—El principio de la buena fe que preside el artículo 10 LCS impone al tomador un deber de respuesta sin reservas ni inexactitudes tiene como lógica contrapartida un correlativo deber del asegurador de asumir el riesgo cuando, antes de contratar, no haya pedido un mayor detalle sobre circunstancias que considere relevantes y que puedan deducirse de los datos facilitados por el propio tomador al cumplimentar el cuestionario o cuando, después de contratar, haya clasificado a los clientes del tomador-asegurado con arreglo a los datos facilitados por éste sin poner objeción alguna en relación con los datos resultantes del cuestionario o con las condiciones de la póliza. Y es que lo contrario sería tanto como admitir que mientras el asegurado no puede incurrir en reserva o inexactitud alguna so pena de perder todo derecho a la indemnización, el asegurador, en cambio, sí podría reservarse el cumplimiento de su principal obligación, la de indemnizar, hasta el momento mismo de la producción del siniestro, oponiendo entonces, y sólo entonces, las objeciones que bien podía haber hecho valer desde el comienzo de la relación contractual en lugar de ir aceptando la cobertura y cobrando las primas y gastos de estudio correspondientes, pues semejante comportamiento equivaldría a que la aleatoriedad, consustancial al contrato de seguro, jugara siempre más en contra del asegurado que del asegurador, rompiendo así el debido equilibrio contractual. Cuestión distinta será, no obstante, que después de contratarse el seguro con arreglo a los datos resultantes del cuestionario el asegurado pretenda desplazar sobre la aseguradora riesgos no cubiertos por la póliza. (STS de 29 de marzo de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La *Sociedad Agraria de Transformación 3756 San José* y don R. A. T. presentaron demanda contra la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, y la mediadora *Gesco, S. A.*, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de pleno derecho de la cláusula contenida en las condiciones particulares de la póliza y la indemnización procedente del contrato. El Juzgado de Primera núm. 2 de Tomelloso desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Contrato de seguro. Derecho de repetición: procedencia.—El artículo 76 LCS autoriza a repetir al asegurador lo pagado contra el asegurado para el caso de que se debiera a conducta dolosa de éste la causación del daño o perjuicio.

Contrato de seguro. Derecho de repetición: conducta dolosa por conducción en estado de embriaguez.—Se trata de dolo civil, representado por una conducta antijurídica, que indudablemente concurre en quien asume conducir un vehículo de motor en estado de embriaguez, instaurando de esta manera evidentes riesgos circulatorios, y correspondiéndole las responsabilidades de los resultados negativos que pudieran producirse tanto a las personas como a las cosas, configurando el dolo este acto antijurídico que proviene de la voluntad del conductor, contradiciendo la normativa prohibitiva que

debió observar y las condiciones de seguridad que se imponen cuando se manejan vehículos de motor por las vías públicas. (STS de 8 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La aseguradora *La Unión y el Fénix Español, S. A.*, interpuso demanda contra don J. M. L. A. y contra *Citroën Hispania, S. A.*, como responsable subsidiario, en reclamación de 12.090.000 pesetas de las cuales 2.000.000 de pesetas corresponden al seguro obligatorio y 10.090.000 pesetas corresponden al Seguro Voluntario de principal, más intereses legales y costas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 64 de Madrid dictó sentencia estimando en parte, la demanda y absolviendo a la demandada *Citroën Hispania, S. A.* Recurrída en apelación la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

89. Quiebra. Retroacción: diferentes criterios.—La jurisprudencia ha considerado que los actos realizados por el deudor quebrado o con cargo al mismo durante el período de retroacción de la quiebra deben ser considerados nulos, aunque este principio haya sido atemperado en casos en que la retroacción afecte a terceros. Ciertamente, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 71 establece un sistema de rescisión de los actos perjudiciales para la masa, aunque no hubiese intención de defraudar; pero esta regla no puede aplicarse en casos en que la normativa reguladora de la quiebra se rige por lo dispuesto en el propio artículo 878.2 CCO. (STS de 27 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *Anglo Naval Industrial, S. A. (ANISA)*, interpuso demanda contra don F. E. C. y el Banco de Comercio solicitando se declarase la nulidad de las operaciones financieras efectuadas en período inhábil, y el reintegro a la masa de la quiebra del importe reclamado. El Juzgado de Primera núm. 38 de Barcelona estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de las operaciones financieras o cargos efectuadas en las cuentas de ANISA. Recurrída en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte la apelación interpuesta por *Banco del Comercio, S. A.*, en el sentido de reducir el importe de la condena a reintegrar. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

90. Quiebra. Retroacción: posturas jurisprudenciales.—Existen dos criterios jurisprudenciales cuando se trata de aplicar la nulidad del artículo 878, párrafo segundo, CCO a los contratos celebrados por el quebrado comprendidos en el período de retroacción de la quiebra, como es el del caso. Uno de ellos, denominado rigorista —que a su vez tiene diversas perspectivas—, considera que el precepto establece una nulidad radical que comprende tanto los actos dañinos o perjudiciales para la masa de acreedores como los que no lo sean. El otro criterio, denominado flexible, excluye de la nulidad

los actos de administración o de transmisión que no causen lesión o perjuicio a los acreedores.

Quiebra. Liquidación del estado posesorio: criterios jurisprudenciales.—La liquidación del estado posesorio —efectos económicos— consiguientes a la declaración de nulidad de contrato sinalagmático —con obligaciones recíprocas— presenta serias dificultades. Y para darle respuesta deben tenerse en cuenta las consideraciones siguientes: *por un lado*, en los casos de nulidad contractual, incluso cuando se trata de la radical o absoluta, es aplicable el artículo 1303 CC que establece que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», tal y como reitera la doctrina jurisprudencial. Y debe resaltarse que el artículo 1303 CC, a diferencia del artículo 451 CC, no contiene alusión alguna a la buena o mala fe para la liquidación de los frutos. *Por otro*, el régimen jurídico que establece el artículo 1303 CC, mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio *iura novit curia* por «no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido». Además, la problemática relativa a la restitución del precio por efecto de la nulidad contractual *ex* artículo 1303 CC en relación con los supuestos en que el efecto invalidante se produce por aplicación del artículo 878, párrafo segundo, CCO, dio lugar a diversas soluciones en la jurisprudencia, y entre ellas la de deferir la reclamación al juicio universal, criterio que acoge la resolución recurrida que expresa que «entre las consecuencias inherentes a la declaración de nulidad (por aplicación, claro es, del art. 878 CCO) no está la de devolver a la demandada la cantidad que se dice entregada y que habrá de reclamar, en su caso, a través de su participación en la masa de acreedores». Sin embargo, la más reciente jurisprudencia alumbró una orientación distinta para cuando se trate de nulidad de contrato sinalagmático —que implica recíprocas prestaciones—, estableciendo la procedencia de la restitución del precio de la compraventa, con sus intereses, tal y como dispone el artículo 1303 CC, criterio que cuenta con sólidos argumentos, pues no resulta afectado el principio de la *par condicio creditorum* y se evita el evidente enriquecimiento injusto que se produciría con la reintegración de la cosa y frutos sin la contrapartida de la restitución del precio e intereses, y con la simpatía de la opinión doctrinal mayoritaria. Por lo tanto, la restitución debe ser tratada como deuda de la masa. **(STS de 10 de marzo de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra necesaria de la compañía mercantil *Agrovino, S. L.*, interpuso demanda contra la entidad *Industrias Agrícolas Hermanos Pérez Salamanca, S. L.*, y la compañía *Agrovino, S. L.*, solicitando se declare la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las compañías *Agrovino, S. L.*, e *Industrias Agrícolas Hermanos Pérez Salamanca, S. L.*, y se condene a la sociedad demandada *Industrias Agrícolas Hermanos Pérez Salamanca, S. L.*, a reintegrar, a la masa de la quiebra de *Agrovino, S. L.*, la finca objeto de la litis y cuantos frutos, tanto naturales como civiles, obtenidos durante todo el tiempo en que ha venido poseyendo la finca. El Juzgado de Primera núm. 1 de Alcázar de San Juan estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, por ambas partes litigantes, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real

desestimó el recurso de la actora y estimó el de la demandada en cuanto a la petición de frutos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

91. Contrato de seguro. Seguro de daños, concertado por el acreedor hipotecario adjudicatario en la ejecución, sobre fincas que en el momento de celebrar el contrato habían sido adjudicadas a un tercero.—El tercero adjudicatario de las fincas que no es parte del contrato carece de interés asegurado con el consiguiente efecto de nulidad parcial del contrato (art. 4 LCS). Estas fincas, en el momento en que se concertó el contrato, habían sido ya adjudicadas de remate y éste había sido cedido a otra sociedad y aprobado por auto, resultando en consecuencia evidente que la tomadora del seguro y asegurada carecía en aquel momento de interés alguno respecto del objeto del seguro concertado en cuanto a dichas concretas fincas, puesto que no era propietaria de las mismas, y tampoco podía invocar el interés derivado de la titularidad del crédito hipotecario resultante de la posesión de las obligaciones garantizadas con las expresadas fincas, puesto que la garantía hipotecaria inherente a dicho crédito se había extinguido mediante la adjudicación hipotecaria de las fincas y la cesión del remate en favor de otra sociedad.

Seguro de daños. Condición de acreedor hipotecario como fundamento del interés asegurado y necesidad de hacer constar este extremo en la póliza. Ambigüedad sobre el interés asegurado.—El interés asegurado en el contrato de daños no sólo puede radicar en la propiedad del bien asegurado, sino también derivar de cualquier otra relación económica que se refiera al mismo, como es la titularidad de un crédito hipotecario garantizado mediante el expresado bien, pues en este caso el interés asegurado se cifra en el mantenimiento de la integridad de la garantía hipotecaria para hacer efectivo el crédito en caso de impago. La ambigüedad o amplitud en la descripción del interés asegurado, en cuanto pueda dar lugar a una confusión en cuanto a su exacta extensión o naturaleza, no puede ser interpretada en contra del asegurado de buena fe que acepta una redacción de las condiciones particulares en las cuales puede considerarse razonablemente incluido el interés que realmente ostenta en el objeto asegurado.

Seguro de daños. Subrogación del rematante en el procedimiento hipotecario en los derechos y obligaciones del asegurado por transmisión del objeto asegurado.—La doctrina y la jurisprudencia entienden unánimemente que la desaparición del interés asegurado durante la vigencia del contrato de seguro determina a su vez la extinción de éste, de tal manera que queda excluida la posibilidad del daño y, consiguientemente, el deber de indemnizar por el asegurador (STS de 31 de enero de 2005). La adjudicación de la finca mediante cesión del remate a un tercero determina la desaparición de dicho interés y con ello, la extinción del contrato, con imposibilidad de ejercicio por parte del nuevo titular de la acción indemnizatoria derivada del mismo. La transmisión de la cosa a que alude el artículo 34 LCS, que fundamenta la subrogación del adquirente en los derechos del asegurado, equivale a la transmisión del interés asegurado y no puede identificarse con cualquier enajenación o transmisión del bien, sino sólo con aquella que tiene lugar en las condiciones adecuadas a la naturaleza del contrato de seguro para que pueda entenderse transmitido dicho interés, derivado de la posición económica del asegurado respecto del bien objeto de transmisión. Es menester para que opere la transmisión *ex lege* contemplada en el artículo 34 LCS que la

relación económica que existía entre el asegurado y el bien mantenga su identidad aunque se modifique la del sujeto que pasa a ser el nuevo titular del mismo interés asegurado. Dicho interés asegurado, en consecuencia, debe seguir siendo de la misma naturaleza, aun cuando pueda variar el grado o la intensidad de la utilidad que represente para el adquirente (pues en este caso estaremos ante un supuesto de aumento o disminución del riesgo que no es en principio incompatible con la transmisión del interés asegurado), pero si el interés que tenía el asegurado ha sido sustituido por un interés de otro tipo, por ser de distinta naturaleza y alcance, no estaremos en presencia de la «transmisión del objeto asegurado» a que se refiere el artículo 34 LCS y, en consecuencia, habrá que entender que la transmisión determina la desaparición del interés asegurado y, con ello, la extinción del contrato. En el caso en que el interés asegurado deriva de la titularidad del crédito hipotecario, el remate y la adjudicación de la finca a un tercero comporta la extinción de la garantía a la que debe entenderse anudada la existencia del interés asegurado, pues éste difiere sustancialmente en cuanto a su naturaleza y alcance respecto del interés del adquirente a título de propietario; bien sea porque, según ha entendido la jurisprudencia en algún caso (STS de 30 de julio de 1999), el interés del acreedor hipotecario únicamente alcanza a los efectos derivados de la subrogación real en la función de garantía del crédito que tiene lugar respecto de la indemnización concedida por la compañía aseguradora (mientras que el interés del propietario se proyecta directamente sobre la expresada indemnización sin perjuicio de la carga de garantía que se desplaza sobre ella), bien porque, como entiende la mayoría de la doctrina, aun no siendo procedente la subrogación real a que acaba de aludirse en el caso de que el acreedor hipotecario sea el asegurado y no el propietario, sin embargo el interés asegurado consistente en la titularidad de un crédito hipotecario es de naturaleza totalmente distinta a la de quien pasa a ser titular dominical del bien mediante la adjudicación, pues el interés del primero radica en el mantenimiento de la integridad de la garantía para hacer efectivo su crédito, mientras que el interés del segundo consiste en mantener la integridad del bien para el ejercicio de las facultades de usar y disponer de la cosa inherentes a la propiedad, de tal suerte que no le afectan determinadas limitaciones a las que el primero está sometido respecto a la cobertura de seguro, pues ésta, respecto del que asegura como acreedor hipotecario, no sólo se ciñe al valor real del bien, sino también al importe del crédito asegurado, con inclusión, salvo estipulación contraria en la póliza, de los intereses y costas que puedan devengarse. Por tanto, la extinción de la garantía hipotecaria lleva consigo la desaparición del interés asegurado ligado a la titularidad del crédito al que afecta la expresada garantía. **(STS de 23 de marzo de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don J. A. M. I. y su esposa doña M. D. R. L. eran los propietarios del Hostal Galicia, que, como unidad económica tendente a la obtención de lucro, constituía realmente un solo local comercial, pero registralmente estaba formado por seis fincas independientes. El día 23 de mayo de 1988, bajo la garantía de estos bienes, otorgaron escritura pública de emisión de 37 obligaciones al portador con garantía hipotecaria (de la serie A seis títulos de 4.000.000 de pesetas cada uno, de la serie B doce títulos de 2.000.000 de pesetas cada uno y de la serie C diecinueve títulos de

1.000.000 de pesetas cada uno) con período de vencimiento un año e interés remuneratorio del 10% anual y moratorio del 25% anual.

A., S. A., como tenedora legítima de cuatro obligaciones de la serie A y dos de la serie B, que no habían sido pagadas a sus respectivos vencimientos, ejercitó la acción hipotecaria contra don J. A. M. I. y doña M. D. R. L., promoviendo el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH y adjudicándose las fincas números 10.107, 10.109, 10.111 y 10.113 en subasta del 12 de noviembre de 1992, y cediendo el remate el 3 de febrero de 1993 a favor de AFA, S. A. Respecto de las fincas números 10.105 y 10.115, tras quiebra de subasta anterior, se celebra subasta el día 27 de mayo de 1993 en la que se aprueba el remate a favor del mejor postor, que es A., S. A.

El día 3 de agosto de 1993 se suscribió un contrato de seguro contra daños propios sobre el Hostal Galicia entre GISR, S. A., como asegurador, y A., S. A., como tomador del seguro y asegurado, siendo el interés asegurado el de «propietario», el riesgo asegurado los daños en el continente (todo aquello que constituye el edificio destinado a la actividad comercial descrito como objeto asegurado, incluyendo las instalaciones fijas, las antenas, las obras de mejora y decoración fijas, los rótulos y dispositivos de captación de energía solar y sus anexos y dependencias), incluyendo expresamente como riesgo asegurado los actos de vandalismo o malintencionados cometidos por terceras personas y excluyendo el contenido (todo aquello que se halle en el interior del continente y que constituya los bienes muebles confiados al/o propiedad del asegurado y personal empleado, así como las instalaciones y los elementos de decoración no fijos directamente relacionados con la actividad comercial) y suma asegurada 60.000.000 de pesetas, pagándose el 20 de octubre las primas correspondientes a más de 50 seguros concertados entre ambas entidades.

El día 26 de enero de 1994, A., S. A., cedió el remate a favor de AFA, S. A., respecto de las fincas números 10.105 y 10.115.

En los primeros días del mes de abril de 1994, terceras personas mediante actos vandálicos o malintencionados causan destrozos y daños en el Hostal Galicia. Dentro del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, el 12 de abril AFA, S. A., toma posesión de las seis fincas que se le han adjudicado y observa los daños causados en el Hostal Galicia, los cuales, como siniestro acaecido, son comunicados por A., S. A. al asegurador GISR, S. A., el cual, tras el informe de su perito, rechazó el siniestro por no estar garantizado por la póliza del contrato de seguro.

AFA, S. A., presentó demanda contra GISR, S. A., en ejercicio de la acción indemnizatoria de los daños ocasionados en el Hostal Galicia, reclamando 41.516.973 pesetas más el interés anual del 20 por 100.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a la demandada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, AFA, S. A., recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia viene a establecer la doctrina de que el seguro sobre daños concertado por el acreedor hipotecario sobre la finca gravada no alcanza al tercero cesionario del remate por aquél (nuevo propietario de la finca), por ser distintos el interés de uno y otros: el interés del primero consiste en el mantenimiento de la garantía para hacer efectivo su crédito, mientras que el interés del segundo está en el mantenimiento de la integridad del bien para el ejercicio de las facultades de usar y disponer de la cosa inherentes a la propiedad. La desaparición del interés asegurado, al extinguirse el crédito hipotecario por la adjudicación de la finca en el procedimiento ejecutivo, determina la del propio contrato de seguro (arg. art. 25 LCS). (*F. J. J. M.*)

92. Contrato de seguro. Seguro de accidente. Deber de declarar el riesgo: necesidad de presentar cuestionario.—La circunstancia reconocida de que al tomador del seguro no le fuera presentado un cuestionario médico por la aseguradora, antes de la firma de la póliza, descarta cualquier posibilidad de tener en cuenta la infracción del deber de declarar el riesgo. La concepción del deber del tomador como un deber de respuesta al cuestionario y vinculada a su existencia y a sus términos, se ha ido confirmando por la doctrina jurisprudencial que ha formado, dado los términos de la última frase del apartado 1.º de dicho artículo 10 Ley de Contrato de Seguro (LCS).

Contrato de seguro. Seguro de accidente. Deber de declarar el riesgo: efectos de la ausencia de cuestionario.—El cuestionario previo actúa como instrumento definido para poder concretar la concurrencia del actuar incumplidor contractual que se imputa al asegurado, de manera que, constatada la ausencia del mismo, ha sido la compañía la que no acomodó su actuación al artículo 10 LCS, que es bien explícito al disponer que las aseguradoras han de someter a cuestionario a los futuros contratantes con respecto a todas aquellas circunstancias que les sean conocidas para la adecuada valoración, lo que, según dicha decisión, vale para concluir que el deber del tomador ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si ésta no exige dicho cuestionario debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato. En sentido similar, se señalado que el artículo 10 LCS viene a cambiar la filosofía del derogado artículo 381 CCO de manera que, si de acuerdo al precepto derogado, el asegurado venía obligado a decir cuánto sabía que afectase al riesgo y al ser exacto en su declaración, el actual artículo 10 LCS limita el deber a lo que el cuestionario contiene y, para esta fase de deberes precontractuales, ha sustituido la idea de la iniciativa del contratante del seguro por la del asegurador; no hay un deber de declaración sino de respuesta del tomador, de lo que interesa de él el asegurador, y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de su interés.

Contrato de seguro. Seguro de accidente: lesión externa e infarto.—La Ley dice que la causa de la lesión ha de ser externa. Esta causa se formula respecto al cuerpo de la víctima, ya que se entiende que la lesión corporal ha de tener su origen en una causa diversa de un procedimiento orgánico, que no sea desencadenado de forma exclusiva, o, fundamentalmente por una enfermedad. Por esta razón, dicen algunos autores, son en principio excluidas las

lesiones orgánicas que puedan manifestarse de forma súbita, pero que son de origen interno, tales como las hernias, lumbagos, hemorragias cerebrales, crisis cardíacas, etc., frente a esto se ha afirmado que la interpretación del artículo 100.1 en este punto debe ser igual a la seguida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con anterioridad a la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro, en lo relativo a accidentes de trabajo, de considerar que nos hallamos ante un accidente en los episodios cardíacos o vasculares (infarto de miocardio o lesión similar), cuando, además de manifestarse súbitamente, concurren con una causa externa, como puede ser, por ejemplo, una fuerte excitación nerviosa debida a una discusión violenta, el hacer un esfuerzo violento o tener una impresión fuerte, etc. Esta orientación, en efecto, ha sido seguida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro y ha estimado que está comprendido dentro de la noción de accidente el infarto de miocardio y la hemorragia cerebral. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado una doctrina jurisprudencial diversa, en la que, por un lado, considera irrelevante que el infarto de miocardio haya sido considerado como accidente laboral por la jurisdicción del orden social y, por otro, ha admitido que puede considerarse como accidente, con criterio restrictivo, cuando el evento causante de la cardiopatía han sido determinadas causas externas e inmediatas. En este sentido ha afirmado que el infarto no reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 100 LCS sino se demuestra que obedece a una causa externa al agente, que corresponde probar al actor, sin que pueda presumirse del hecho de haberse reconocido el óbito como accidente laboral, así como pueden admitirse como causantes de las cardiopatías las causas externas inmediatas procedentes de estrés, siempre que la relación violencia moral-estrés-muerte esté debidamente adverbada por las pertinentes pruebas.

Contrato de seguro. Seguro de accidente: infarto y criterio jurisprudencial.—La jurisprudencia ha sintetizado señalando que, si bien el infarto de miocardio no está comprendido en los supuestos del artículo 100 LCS (salvo estipulación), sin embargo, debe comprenderse dentro del seguro de accidente cuando tenga su génesis en una causa externa; y a tal efecto se ha tomado en consideración la causa inmediata consistente en la presión y el estrés consecuencia del aumento de trabajo, el esfuerzo físico en el desarrollo del trabajo para el que se hallaba capacitado y, el esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo. (**STS de 24 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don L. D. de la N. interpuso demanda contra la entidad *Aseguradora General Ibérica, S. A.*, solicitando se condenase a la demandada al pago de determinadas cantidades en cumplimiento de contrato de seguro de accidente por sufrir un infarto el actor. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso del actor y desestimó el de la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

93. Seguro de vida. Modificación del beneficiario. Derecho alemán.—La disposición del beneficiario de un seguro de vida puede ser modificada unilateralmente por el tomador del seguro o estipulante, sin consentimiento de la entidad aseguradora, entre otras formas, mediante un testamento.

Así lo establece el artículo 166 de la Ley de Contrato de Seguro alemán y resulta de lo dispuesto en los artículos 328 y siguientes del BGB. Esta revocación puede hacerse sin la intervención de la compañía de seguros, si bien para surtir efectos debe comunicarse por escrito a su Consejo de Administración, conforme resulta del contrato y del artículo 130 BGB, según este precepto, una manifestación de voluntad que deba realizarse respecto a otra persona, adquirirá eficacia, si es realizada en ausencia de ésta, en aquel momento en el cual llegue a su poder.

Enriquecimiento injusto. Derecho alemán.—El artículo 812 BGB, califica de «adquisición sin causa jurídica», también llamado «enriquecimiento injustificado» en la rúbrica del título XXIV de la sección VII del libro II, al que se produce por la concurrencia de cuatro requisitos: *a)* «prestación», consistente en el incremento consciente e intencionado del patrimonio ajeno; *b)* «obtenido algo», en el sentido de ventaja patrimonial que produce el consiguiente perjuicio patrimonial en la otra parte; *c)* «sin causa legal», o lo que es igual, sin una relación obligacional, y *d)* unidad del proceso de enriquecimiento.

Pérdida de condición de beneficiaria de seguro de vida y enriquecimiento injusto.—Si bien el divorcio no implica necesariamente la pérdida de la condición de beneficiaria, sí que puede perderse por disposición unilateral, testamento, cuando no responde a causa o pacto bilateral entre las partes, esto es, cuando se estipula el derecho a favor de la ex esposa en base a compensaciones acordadas en convenio de divorcio; lo que implicaría el carácter de contrato bilateral oneroso y requeriría el consentimiento de ambos contratantes para modificar la condición pactada de beneficiaria.

Tanto el estipulante o acreedor como sus herederos pueden hacer valer esta acción de restitución fundada en enriquecimiento injustificado frente a tercero que ha recibido la prestación del promitente cuando la relación estipulante o acreedor no existe, o ha dejado de existir causa legal, es decir, la obligación que dio lugar a la prestación, adaptando el contrato a las circunstancias alteradas. (STS de 23 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Por disposición testamentaria ológrafa don Felipe, casado hasta su divorcio con doña Patricia, revocó válidamente la condición de beneficiaria de seguro de vida establecida inicialmente a favor de doña Patricia, para hacerlo en el de su madre (doña Elena). Al no haberse comunicado esta circunstancia a la entidad aseguradora, ésta pagó el capital a la identificada como beneficiaria en la póliza (doña Patricia).

Doña Elena interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra doña Patricia (quien a su vez había donado la totalidad del patrimonio heredado de don Felipe a la demandante) en la que en la que ejerció acción de enriquecimiento injusto o sin causa, conforme al Derecho civil alemán, en reclamación del capital del seguro de vida adquirido por herencia y legado en virtud del cambio hecho en testamento ológrafo. Concretamente en la demanda solicitaba que se dictara sentencia por la que se condenase a doña Patricia a pagarle la suma de 121.135,20 marcos alemanes que había percibido de la entidad aseguradora. Doña Patricia había donado a doña Elena la totalidad del patrimonio heredado de don Felipe.

NOTA.—En el caso se aprecia la existencia de una doble relación: la que se mantiene, entre la aseguradora, deudora que satisfizo la cantidad asegurada, y la beneficiaria inicial, y la que media entre las litigantes que combaten la condición de beneficiaria de la prestación. Mientras que en la primera, la demandada (doña Patricia) no perdió su condición de beneficiaria frente a la aseguradora, por falta de notificación del cambio de voluntad del asegurado-tomador, sí lo hizo en la segunda al desaparecer la causa legal.

El Tribunal Supremo precisa en la sentencia anotada que respecto a las alegaciones de la demandada que apoyaba su enriquecimiento en el hecho de ser beneficiaria de la póliza, esta causa jurídica que justificaba la atribución patrimonial desapareció, ya que no concordaba con las disposiciones realizadas por el estipulante o acreedor, don Felipe, en el testamento otorgado a favor de su madre. (M. C. L. J.)

94. Quiebra. Reintegración a la masa activa. Sustitución del sistema de sanción de nulidad absoluta de los actos de administración y dominio anteriores a la fecha de retroacción, por el más moderno de acciones de naturaleza rescisoria de la Ley Concursal, en función del efectivo perjuicio para la masa activa.—Los inconvenientes que para la seguridad jurídica se derivan de aquellos sistemas de reintegración de la masa activa de la quiebra que se sirven de la sanción de nulidad absoluta para aplicarla a todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la fecha a la que se retrotraen los efectos de aquélla (art. 872.2 CCO), han sido puestos de manifiesto por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que en su Exposición de Motivos lo califica de «perturbador», y en el artículo 71 LC lo sustituye por otro formado por acciones de reintegración de naturaleza rescisoria. Igualmente, es de observar la dificultad técnica de calificar como nulidad lo que propiamente constituye un supuesto de ineficacia funcional sobrevenida de un negocio que, en el momento que se celebró, no adolecía de defecto alguno, así como el exceso que una tan generalizada y severa sanción (la de nulidad) significa desde un punto de vista empírico, al tener por misión los remedios reintegradores asegurar la *par conditio creditorum* y preservar la integridad del patrimonio del quebrado (STS de 13 de diciembre de 2005). Es reiterada la doctrina de la Sala (así, entre otras muchas, SSTS de 28 de mayo de 1960, 12 de noviembre de 1977, 12 de marzo de 1993, 7 de julio de 1998 y 29 de enero de 2004), la que no obstante mantener con constancia una interpretación literal del referido precepto, mitiga en numerosas ocasiones el rigor resultante de tal hermenéutica con la exigencia de un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de ineficacia sobrevenida; lo que no acontece en el supuesto de autos. (STS de 30 de marzo de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Don J. U. V., como depositario de la quiebra necesaria de la mercantil A., S. A., interpuso demanda de nulidad del contrato de compraventa suscrito entre aquélla y los señores M. A. G. S. O., R. M. H. y M. B. G. S. O., por el que la primera, en el ejercicio de la actividad que constituía su objeto social, les transmitía la propiedad de un apartamento a cambio del precio

de 9.148.003 pesetas, enteramente satisfecho por los compradores. El actor inicial fue sustituido procesalmente por los síndicos de la quiebra. Los actores alegaban la nulidad del contrato, como consecuencia del efecto previsto en el artículo 878.2 CCO, por haberse perfeccionado aquél dentro del período al que habían sido retrotraídos los efectos de la quiebra. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación planteado por los compradores, al considerar que el acto dispositivo cuya validez era atacada formaba parte de la actividad económica de la sociedad quebrada (construcción y venta de apartamentos), y sin que el mismo hubiese causado perjuicio alguno a la masa activa de la quiebra; entendiéndose así que el supuesto de hechos de la demanda quedaba fuera de la lógica del precepto del artículo 872.2 CCO. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora. (*L.-A. P. M.*)

DERECHO PROCESAL

95. Prueba pericial extrajudicial: valoración como prueba pericial.—Aunque, en principio, ha de negarse el carácter de prueba pericial de los informes extrajudiciales debido a que su práctica no se ajusta a las formalidades rituarías pertinentes, según jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 9 de junio de 1987, 4 de junio de 1992 y 14 de julio de 2000), ha de permitirse su valoración si los mismos son ratificados a través de la prueba testifical con intervención de las demás partes personadas.

Prueba pericial extrajudicial: revisión casacional.—Ante la inexistencia de reglas preestablecidas en materia de prueba pericial, ha de afirmarse la imposibilidad, por regla general, de someter la valoración de tal prueba a la verificación casacional. No obstante, se admite excepcionalmente el control casacional cuando en las apreciaciones de los peritos o en la valoración judicial se advierta cualquiera de las siguientes deficiencias: cuando se haya incurrido en un error patente, ostensible o notorio (en tal sentido, SSTS de 8 y 10 de noviembre de 1994, 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002); cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (entre otras, SSTS de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero, 31 de marzo, 9 de junio y 13 de diciembre de 2003); cuando se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 de enero de 1995, 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y, por último, cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia (entre otras, SSTS de 24 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 2001 y 3 de marzo de 2004). (**STS de 29 de marzo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Durante un período de intensas lluvias, se produce el derrumbe de la pared colindante a un solar en el que se están

realizando obras de excavación y vaciamiento, debido a que no fueron adoptadas las medidas especiales de seguridad que aconsejaban tales condiciones climatológicas. Por ello, los propietarios de la edificación derruida interponen demanda en reclamación de indemnización de los daños y perjuicios causados en el edificio de su propiedad por el derrumbamiento parcial del mismo a consecuencia de las mencionadas obras.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda interpuesta y condena a los demandados a abonar, con carácter solidario, las cantidades que detalla en su parte dispositiva. Esta resolución resulta confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial, cuya sentencia es recurrida en casación por los demandados, entre otros motivos, por haberse producido error en la valoración de las pruebas. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. C. C. M.*)

96. Cómputo del plazo de prescripción.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala determina que la fijación del *dies a quo* para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el artículo 1969 CC no es, a estos efectos, un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* —SS de 26 de septiembre de 1994 y de 12 de mayo de 1997—.

Idoneidad del artículo 1544 CC para fundamentar el recurso de casación.—[...] esta Sala ya tiene dicho que el artículo 1544 CC es meramente enunciativo de la figura de los contratos de arrendamientos de obras y servicios, por lo que su aislada invocación no puede servir para obtener la casación de la sentencia —SS de 20 de marzo de 1984 y 7 de diciembre de 1998—.

Idoneidad de las normas fiscales para fundamentar el recurso de casación.—[...] las disposiciones estrictamente fiscales no son idóneas para servir de fundamento al recurso de casación —SS de 16 de octubre de 1984 y 29 de marzo de 1985—.

La vulneración de las leyes de carácter fiscal no limita ni restringe los efectos jurídico-privados de los actos y contratos.—Pero es más, también hay que decir que la vulneración de las leyes de carácter fiscal no limita ni restringe los efectos jurídicos de los actos y contratos en lo que a sus efectos jurídicos se refiere, pues no pueden enervarse los derechos de quienes litigan por normas de esa naturaleza en un recurso que, como el de casación por infracción de ley y de doctrina legal, viene referido a la infracción de una normativa *ius privatistica* y todo ello sin perjuicio de las sanciones que quien tenga competencia para ello pueda acordar por esta razón —SS de 23 de octubre de 1983, 13 de octubre de 1986—. (**STS de 29 de marzo de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Exmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La contienda judicial de la que se parte comprendía la acumulación de dos procesos. En el primero, A quedaba obligado a pagar determinada cantidad en concepto de rendición de cuentas a sus socios en una empresa constructora. En el segundo, reclamaba A sus honorarios como administrador a los anteriores demandantes. El Juzgado estimó parcialmente la demanda de A en relación con sus honorarios. Se acogió parcialmente la apelación de

los demandados. No hubo lugar a los recursos de casación interpuestos por las partes en litigio. (R. G. S.)

97. Ejecución de sentencia extranjera. Subsistencia en el procedimiento de ejecución de la personalidad acreditada en el procedimiento principal.—La ejecutante es la misma entidad que compareció como demandante en juicio y obtuvo a su favor sentencia ejecutoria, sin que entonces se alegara de adverso obstáculo alguno acerca de sus facultades de representación, las cuales deben entenderse subsistentes al no haberse justificado lo contrario por el demandado, ni demostrado por éste que el poder no hubiera sido otorgado conforme a las formalidades del país de origen.

Importancia del «bastanteo».—La jurisprudencia ha suavizado la exigencia de este requisito, para convertirse en una formalidad de significación económica, que, en ningún caso, puede obstaculizar el derecho a obtener la tutela de los tribunales. En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 1991 dispone que respecto al «bastanteo», la Sala tiene declarado que «si tuvo justificación pretérita, ha perdido en la actualidad, prácticamente, su razón de ser para convertirse en un formulismo con sola significación económica y proyección colegial, lo que explica la suavización de la severidad que parece latir en la redacción del artículo 3 LEC, entendiéndose que se cumple la disposición siempre que se asevera la suficiencia del poder en el escrito conteniendo las alegaciones o en el de personación, aunque la hoja de bastanteo no esté firmada» (SSTS de 29 de enero de 1960, 20 de diciembre de 1962, 23 de marzo de 1987 y 10 de septiembre de 1990), por ello, resulta evidente que no cabe la prevalencia de formulismos frente a un valor superior como es la realización de la justicia».

Ejecución de sentencia europea. Innecesariedad de intervención del Ministerio Fiscal.—No es posible considerar como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, pues, al margen de las reglas para la ejecución de sentencias extranjeras de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben prevalecer las reglas previstas en el Convenio de Bruselas de 1968, donde se prescinde del procedimiento y formalidades propios del exequatur para otorgar efecto directo, en los países a los que afecta, a las sentencias dictadas por los órganos judiciales de los demás. En este sentido, el preámbulo del tratado dice: «Considerando que es importante, a este fin, determinar la competencia de sus jurisdicciones en el orden internacional, facilitar el reconocimiento y establecer un procedimiento rápido al objeto de garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales...», y el artículo 26 otorga efecto directo sin necesidad de acudir a procedimiento alguno para el reconocimiento. Por otro lado, el artículo 34 del mismo Convenio dispone que el tribunal ante el que se presentare la solicitud de ejecución se pronunciará en breve plazo «sin que la parte contra la cual se solicitare la ejecución pueda, en esta fase del procedimiento, formular observaciones», lo que abunda en la no necesidad de audiencia del Fiscal, máxime que no se da a la propia parte ejecutada. Consecuencia de todo ello es la no necesidad de audiencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la ejecución de sentencias extranjeras en el caso que sea de aplicación el Convenio de Bruselas.

Ejecución de sentencia europea. Admisión a exequatur de una resolución ejecutable sólo provisionalmente.—En el artículo 47.1 del Convenio de Bruselas se establece que «la parte que instare la ejecución deberá presentar además cualquier documento que acredite que, según la Ley del Estado de

origen, la resolución es ejecutoria y ha sido notificada», precepto que no exige, por tanto, que la resolución que se pretende ejecutar sea firme, sino simplemente ejecutoria con arreglo a la legislación del Estado requirente. En este sentido, la STS de 12 de noviembre de 1999 declara que «el artículo 31 del Convenio establece que “las resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fueren ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante cuando, a instancia de cualquier parte interesada, sean revestidas de la fórmula ejecutoria de este último Estado”. [...] Con la solicitud inicial [...] se han aportado documentos, sin duda de autenticidad (no es precisa la legalización, ni otra formalidad similar, según el art. 49), que acreditan, suficientemente, tanto el requisito del artículo 46.2 del Convenio (entrega o notificación de la demanda o documento equivalente a la parte declarada en rebeldía [...]), como la ejecutoriedad con arreglo a la legislación del Estado requirente [...]; siendo oportuno precisar que, según la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 29 de abril de 1999, el término «ejecutoria» del artículo 31, párrafo primero, del Convenio debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente al carácter ejecutorio, desde el punto de vista formal, de las resoluciones judiciales extranjeras, y no a las condiciones en las que tales resoluciones pueden ser ejecutadas en el Estado de origen. Y por otro lado la legislación española no exige ninguna fórmula ejecutoria específica, ni ningún requisito *ad hoc* al efecto. En el caso que nos ocupa, la sentencia cuya ejecución se ha solicitado es ejecutoria, ya que, según la certificación de la sentencia que se aporta, la misma es ejecutoria provisional. Igualmente, la citada sentencia era ejecutable previa presentación de fianza, dictándose posteriormente una resolución por la que se eximía de la mencionada fianza, siendo ejecutoria la sentencia. (STS de 4 de abril de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad *VEOED* obtuvo del Juzgado de Primera Instancia de Bochum (R. F. de Alemania) sentencia, ratificada en apelación, por la que se condenaba a don A. E. al pago de la cantidad de 265.913,38 DM más intereses del 5 por 100 por encima del respectivo tipo de descuento del Banco Federal Alemán, pero no superior al 9%.

Presentada por la citada entidad solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia alemana, el Juzgado de Primera Instancia así lo acordó en auto, determinando la ejecución de la sentencia en sus estrictos términos, con prestación por la parte demandante de fianza de 305.000 DM tal como la misma prevé. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando el auto del Juzgado y la providencia dimanante del mismo. Don A. E. recurrió en casación contra el auto de la Audiencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia refuerza la orientación de cierto automatismo que pretende establecer el Convenio de Bruselas de 1968 en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por tribunales pertenecientes a otros Estados europeos, en el sentido de simplificar al máximo los requisitos exigibles para ello (recogiendo lo dispuesto en el cuarto guión del art. 293 TCE —antiguo 220 TCEE—), que prácticamente se reducen a que la resolución a reconocer y ejecutar sea ejecutoria y a que se presente la correspondiente solicitud. (*F. J. J. M.*)

