

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXC

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
Estudios monográficos	
BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: <i>Principio de igualdad y Derecho privado</i>	369
DIAZ ALABART, Silvia: <i>La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas</i>	429
CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>La formulación dogmática de la obligación</i> .	475
GOMEZ, Fernando y PASTOR, Santos: <i>El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico</i>	495
BUSTOS PUECHE, José Enrique: <i>Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio</i>	539
Estudios legislativos	
SIERRA PEREZ, Isabel: <i>Propiedad Horizontal: Cambio de titularidad y gastos comunes: el sujeto obligado al pago</i>	573

LIBROS

- BERGALLI, Roberto (Coordinador): *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica*, por Gabriel García Cantero.—CARVAJO GONZALEZ, Julio: *Las acciones de reclamación de filiación*, por Juan Pozo Vilches.—HAUSER, Jean y HUET-WEILLER, Danièle: *La Famille. Fondation et vie de la famille*, por Gabriel García Cantero.—MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, por Pedro de Pablo Contreras.—PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: *Le adozioni dei minori nei sistemi italiano e francese*, por G. García Cantero.—VON EICH-BORN, Reinhart y PUIME, Mario: *Wirtschaftsspanisch. Dictionario Económico-Empresarial. Deutsch-Spanisch*, por José Bonet Correa 607

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- Instruismo, intereses corporativos y límites del Derecho privado*, por Angel CARRASCO PERERA y Juan José MARIN LOPEZ 615

II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Ana CAÑIZARES LASO, Gabriel GARCIA CANTERO y Francisco LLEDO YAGÜE . 629

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 6.400 ptas. Extranjero, 7.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 2.100 ptas. Extranjero, 2.400 ptas.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXC

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

I.S.B.N.: 84-7787-076-4.

N.I.P.O.: 051-90-009-3.

I.S.S.N.: 0210-301-X.

Depósito Legal: M-125-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.
Santa Engracia, 139 - 28003 Madrid

Principio de igualdad y Derecho privado (*)

Por RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: I. El principio de igualdad y el Código civil. II. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con la Ley. III. Los casos resueltos por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con la Ley. IV. Algunas resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con temas de Derecho Civil. V. Igualdad y autonomía privada.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL CODIGO CIVIL

La adecuación de nuestras leyes al principio de igualdad, sobre todo por razón de nacimiento, de sexo o de religión, ha dado lugar a profundos cambios del Código civil, sobre todo por lo que se refiere al Derecho de persona, de familia y de sucesión.

Cambios legislativos similares se han producido en la mayor parte de los territorios con propio Derecho civil, es decir, con Derecho civil foral. Tal es el caso de la Ley 13/1984, de 30 de marzo, de Cataluña (en relación con la Compilación catalana), de la Ley de 21 de mayo de 1985 de Aragón (en relación con la Compilación aragonesa), de la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, de Navarra (en relación con la Compilación navarra), de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, de Galicia (en relación con la Compilación gallega), de la Ley 6/1988, de 18 de marzo, del País Vasco (en relación con la Compilación de Vizcaya y Alava).

Por lo que se refiere al Código civil, los cambios se han introducido básicamente por la Ley 11/1981, de 13 mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria, potestad y régimen económico del matrimonio, y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil

(*) Este es el texto de una conferencia incluida en las XI Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad en la Constitución española (29 de mayo al 2 de junio de 1989), patrocinadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ministerio de Justicia).

y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Complementarias de esas dos leyes en el propósito renovador de las mismas son la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, la Ley 13/1983, de 24 de noviembre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

En aplicación del principio de igualdad, las mencionadas leyes han equiparado al hombre y a la mujer en relación con el matrimonio, tanto en las relaciones personales como en las matrimoniales, y en relación con los hijos:

«El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» (art. 66 Código civil). «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia» (art. 70 del Código Civil.). «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» (art. 1.318, párrafo 1.º Código Civil). «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1.328 Código Civil). «En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges...» (art. 1.375 Código Civil). «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...» (art. 1.438 Código Civil).

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre» (art. 154, párrafo 1.º Código Civil). «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez,...» (art. 156, párrafos 1.º y 2.º Código Civil).

En aplicación del principio de igualdad han quedado equiparados todos los hijos, habidos fuera o dentro del matrimonio:

«La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código» (art. 108, párrafo 2.º Código Civil.). «Son herederos forzosos: 1.º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes» (art. 807 Código Civil.). «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre» (art. 808, párrafo 1.º Código Civil.). «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación» (art. 931 Código Civil).

En aplicación del principio de igualdad en relación con el de liber-

tad religiosa (art. 16 C.E.), el régimen matrimonial es unitario, sin perjuicio de quedar abierta la celebración en forma religiosa:

«Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración» (art. 49 Código Civil.). «Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio...» (art. 73 Código Civil.). «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:...» (art. 81 Código Civil.). «El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio» (art. 85 Código Civil.).

No obstante, subsisten todavía algunos supuestos de discriminación en el Código civil.

La redacción del artículo 17 del Código Civil vigente hasta la Ley 51/1982, de reforma del Código en materia de nacionalidad, procedía de la Ley de 15 de julio de 1954 («por la que se reforma el Título I del libro I del Código Civil, denominado “de los españoles y extranjeros”») y concedía un trato discriminatorio a la maternidad frente a la paternidad en la aplicación del «ius sanguinis» a la determinación de la nacionalidad. En efecto, como es sabido, dicho artículo sólo atribuía la nacionalidad española a los hijos de madre española con carácter subsidiario, es decir, cuando los hijos no siguieren la nacionalidad del padre extranjero (1). Una de las finalidades perseguidas con la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, fue precisamente la de superar ese trato discriminatorio para la mujer, contrario al artículo 14 de la Constitución. De ahí que la misma atribuyese la condición de españoles a «Los hijos de padre o madre españoles» (art. 17.1.º del Código Civil).

El tema quedó solucionado en relación con las situaciones que se produjeran a partir de la entrada en vigor de esta Ley 51/1982, pero seguía abierto en relación con las situaciones preexistentes. En definitiva, se trataba de determinar si la nueva regulación debía aplicarse o no a los nacidos de madre española antes de esa entrada en vigor de la nueva Ley.

Pues bien, en contra del criterio de un sector relevante de la doctrina, que ha venido entendiendo que semejante extensión de la nueva Ley viene impuesta por el respeto debido al artículo 14 C.E., la Dirección General de los Registros y del Notario ha defendido y ha

(1) «Son españoles: Primero. Los hijos de padre español. Segundo. Los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre. Tercero... Cuarto...».

venido aplicando la tesis contraria, de acuerdo con su Instrucción sobre nacionalidad de 16 de mayo de 1983:

«Puesto que no existe disposición transitoria en la nueva Ley relacionada con este punto, es preciso entender que esta novedad no puede tener efecto retroactivo, y por lo tanto, que únicamente podrán ser considerados, por ese sólo título, españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982. Para una aplicación retroactiva de la nueva norma no puede invocarse lo establecido por la disposición transitoria primera de las generales del Código Civil, en cuanto se refiere al derecho declarado por primera vez en el Código y a su eficacia desde luego, puesto que la nacionalidad, más que un derecho es un estado civil y, como tal, un complejo de derechos y deberes, y en todo caso esa aplicación inmediata redundaría en perjuicio de otro «derecho adquirido de igual origen», al implicar un desconocimiento o detrimento de la nacionalidad extranjera ostentada por el interesado» (apartado I, párrafo 1.º).

La única vía que dicha Instrucción ofrece a esos hijos de madre española para adquirir la nacionalidad de su madre es la del ejercicio del derecho de opción del artículo 19, esto es, a partir de los catorce años:

«Ahora bien, estos extranjeros hijos de madre española, si son menores de edad, pueden estar sometidos a la patria potestad de su madre española y ello significa, por aplicación de lo hoy dispuesto por los artículos 19 y 20 del Código, que tienen derecho a optar por la nacionalidad española a partir de los catorce años y en las demás condiciones que detallan los artículos antes citados, y será a partir de la opción y no antes, cuando adquieran la nacionalidad española» (apartado I, párrafo 2.º, 2.ª frase).

Como se ha puesto de relieve por la doctrina (2), los argumentos que se dan para defender esa tesis no parecen suficientes para justificar el resultado manifiestamente contradictorio con el principio constitucional de igualdad tanto por razón de sexo como por razón de nacimiento. Las razones que se dan para mantener la tesis de la retroactividad parecen más convincentes:

— «...si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen». La Instrucción alega que la atribución de la nacionalidad española sería contraria al texto transcrito de la disposición transitoria 1.ª (1.ª frase) Código Civil, puesto

(2) Vid., RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Vecindad Civil y Nacionalidad*. Anuario de Derecho Civil, 1983. pp. 1149 y siguientes. Vid., también el Comentario de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al artículo 17 del Código Civil, en *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986.

que redundaría en perjuicio de la nacionalidad actual del interesado. Ahora bien, el alcance de ese perjuicio es muy relativo, puesto que esa atribución de la nacional no determina el principio de la pérdida de la nacionalidad extranjera. Ello dependerá del ordenamiento correspondiente a esa nacionalidad y no del ordenamiento español. Por ello, además, no creo que esa otra nacionalidad o derecho adquirido pueda considerarse «de igual origen», tal y como exige la disposición transitoria 1.^a del Código Civil para que opere la excepción al efecto retroactivo que reconoce a los nuevos derechos. Por otra parte, es indiscutible que semejante excepción no podría operar frente al caso de las apátridas.

— Un refuerzo para la tesis de una aplicación retroactiva de la Ley 51/1982 procede de los criterios adoptados por la Ley 11/1981 a la hora de aplicar la nueva ordenación que introduce de la filiación y la patria potestad a supuestos anteriores (Vid. las disposiciones transitorias 1.^a, 5.^a y 9.^a).

— Frente a quienes alegan que la Constitución no pudo derogar el artículo 17.1 anterior sin sustituirlo por otra norma, so pena de incurrir en un vacío normativo, hay que alegar que esa es una forma de cuestionar la eficacia inmediata y directa de la Constitución. Ya en el momento de dictarse la Instrucción había tenido ocasión de pronunciarse reiteradas veces el Tribunal Constitucional sobre esa eficacia derogatoria inmediata de la Constitución con respecto a toda norma que fuese contraria a ella. Especial relieve tuvo en su momento en materia de filiación, la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre (3), de acuerdo con la cual el artículo 14 C.E. derogó automáticamente el artículo 137 del Código Civil por ser contrario a la igualdad de todos los españoles por razón de la filiación. Esa misma eficacia inmediata y directa de la Constitución debe mantenerse en materia de nacionalidad con respecto al artículo 17 del Código Civil anterior. Al amparo de dicha eficacia resulta por lo menos indudable que son nacionales españoles los nacidos de madre española a partir de la entrada en vigor de la Constitución (4).

— Frente a la afirmación de que la nacionalidad no es un derecho sino un estado civil, hay que objetar que ello contrasta con nuestra Constitución, que la regula dentro del Título I, es decir, como un derecho fundamental, en consonancia con los tratados internacionales (art. 10.1 C.E.).

— Por otra parte, la irretroactividad propugnada por la Instrucción produce resultados contradictorios con el propio artículo 17, último párrafo y con el artículo 112 del Código Civil. De acuerdo con

(3) Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. B.O.E. 15 de enero de 1983.

(4) También la Sentencia 155/1987, de 14 de octubre, es ejemplo significativo de la eficacia inmediata derogatoria de la Constitución en materia de filiación.

los mismos, la determinación legal actual de una filiación materna anterior a la Constitución dará lugar a la atribución de la nacionalidad española a partir de la entrada en vigor de aquélla.

— El Tribunal Constitucional ha mantenido que la eficacia inmediata de la Constitución implica su aplicación a toda situación existente en el momento de su entrada en vigor, aunque la misma traiga causa de circunstancias que se hayan producido con anterioridad (5).

Pero lo que resulta especialmente preocupante es que esa situación de desajuste entre nuestra regulación de la nacionalidad y la Constitución pretende mantenerse, aunque con algún cambio, mediante la Proposición de Ley presentada a finales de 1988 por el Grupo Parlamentario Socialista para la reforma del Código Civil en materia de Nacionalidad (5 bis). Ello es doblemente llamativo si se tiene en cuenta que una de las varias razones que pueden justificar una reforma tan precipitada (por su inmediatez) de la anterior Ley es precisamente la de salvar el problema al que me vengo refiriendo. Así se dice en los Antecedentes de la proposición:

«Un punto especial criticable de la Ley de 1982, común por otra parte a las reformas anteriores, es la ausencia de disposiciones transitorias, totalmente imprescindibles cuando la nueva regulación introduce tantas y tan diversas novedades. Ante el silencio del legislador no hay más remedio, como tesis general, que acudir al principio de irretroactividad de las leyes del artículo 2.3 del Código Civil. Esta conclusión conduce a consecuencias injustas, cuando se trata de aplicar la novedad del artículo 17.1.º del Código Civil, que declara la españolidad de origen de los hijos de madre española: pues, en efecto, como por lo arriba dicho, la novedad no puede tener efecto retroactivo, solamente podrán ser considerados españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la nueva Ley de 1982. Esta solución puede conducir a la inexplicable situación de coexistencia de hijos españoles y extranjeros nacidos de la misma madre española, con estatutos jurídicos distintos determinados por el dato del momento del nacimiento, constituye además una discriminación por razón de sexo, en nada concorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 32 de la Constitución». (Apartado I, párrafo 1.º).

La injusticia denunciada se trata de subsanar con la disposición transitoria segunda de la Proposición de Ley, que «atribuye a tales hijos nacidos de madre española con anterioridad a la entrada en

(5) Así, por ejemplo, en materia de filiación, Vid., la ya citada Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre.

(5 bis) Disueltas las Cortes para la convocatoria de Elecciones Generales, la Proposición ha vuelto a ser presentada por el Grupo Socialista del Congreso (B.O.C. de 15 de diciembre de 1989), con el mismo texto, aunque suprimiendo los Antecedentes que en aquélla precedían a la Exposición de Motivos.

vigor de la Ley de 13 de julio de 1982 un derecho de opción a la nacionalidad española, no sometido a plazo de caducidad. Se considera más justa esta solución —la declaración de voluntad del interesado— que la atribución automática y *ex lege* de la nacionalidad española, que podrá perjudicar al estatuto ostentado conforme a la nacionalidad actual del optante». (Apartado I, párrafo 2.º).

En efecto, de acuerdo con esa disposición transitoria segunda, «Quienes no sean españoles conforme a la legislación anterior, y lo serían por aplicación de los nuevos artículos 17 y 19 del Código Civil, podrán optar por la nacionalidad española, en cualquier tiempo y en las demás condiciones previstas en los artículos 20 y 23».

Hay que tener en cuenta que una novedad importante que pretende introducir la Proposición de Ley con respecto a la regulación actual del derecho de opción es que el representante legal del menor de catorce años pueda ejercerlo por él, superando así la situación provocada por el actual artículo 19 del Código Civil (6), al no poder optar los sujetos en él contemplados menores de edad hasta haber alcanzado esa edad de catorce años:

«La independencia familiar en materia de nacionalidad consagrada en 1975 para el matrimonio ha alcanzado a las relaciones paternofiliales. Pero este principio, en combinación con lo dispuesto en el actual artículo 19 del Código Civil, conduce a consecuencias carentes de explicación: al no ser posible la naturalización colectiva, naturalizado español un extranjero, sus hijos menores de 14 años seguirán siendo extranjeros; tan sólo a partir de los 14 años, esos hijos podrán optar por la nacionalidad española, asistidos por sus representantes legales» (apartado III, párrafo 1.º de los Antecedentes).

Como se dice en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, «esta última posibilidad viene a colmar un vacío de la legislación anterior y remediar una situación injusta, pues no es comprensible que no existan términos hábiles para que una persona, incapaz de emitir por sí una declaración de voluntad, no pueda adquirir la nacionalidad española, que, quizá, es ya la de todos sus familiares. En cualquier caso esta opción en nombre de otro, por suponer un cambio profundo de su estado civil, queda sujeta a autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Fiscal, como ocurre ya en muchos casos de intervenciones semejantes del menor o incapaz» (párrafo 6.º, in fine).

Además, se trata de recortar la eficacia general que actualmente se atribuye en el último párrafo del artículo 17 a la determinación legal de la filiación, limitándola a los menores de edad (7):

(6) Distinta nacionalidad de los titulares de la patria potestad o de la tutela y los sometidos a su potestad menores de catorce años. Distinta nacionalidad de éstos y sus hermanos, mayores de catorce años, que hayan optado por la nacionalidad española.

(7) Artículo 17.2: «La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causas de

«Especial comentario merece el último párrafo de este artículo 17. Su finalidad fundamental radica en evitar los cambios bruscos de nacionalidad como consecuencia de ciertos hechos o determinaciones de filiación sobrevenidas, con posterioridad a la atribución de la nacionalidad extranjera. Se estima que la atribución automática de la nacionalidad española por filiación o por nacimiento en España es una consecuencia perturbadora para el interesado, cuando tales hechos se descubren después de dieciocho años de edad, por afectar entonces a personas cuya vinculación con España es inexistente o muy escasa. Ahora bien, tales circunstancias han de ser tenidas en cuenta, por representar vínculos especiales de conexión con España o con un español, mediante el reconocimiento a los interesados de un derecho de opción a la nacionalidad española» (Antecedentes, último párrafo del apartado dedicado al art. 17).

Este cambio disminuye la contradicción, a la que se ha hecho referencia como argumento a favor de la tesis que definiendo, entre los resultados que produce actualmente la determinación legal de la filiación y la negativa a conceder la nacionalidad española a los nacidos antes de la Ley 51/1982, al dejar limitada dicha contradicción a los supuestos de menor edad. No obstante, el distinto tratamiento subsiste para éstos en las previsiones de la Proposición, con lo que ello tiene de contradictorio.

Pues bien, es probable que con esa nueva regulación se lograra solucionar en la práctica la mayor parte de los supuestos que se plantean actualmente en relación con la nacionalización por filiación materna. Pero ello no es obstáculo para seguir afirmando que la solución no es acorde con la Constitución, puesto que sigue implicando un trato discriminatorio, es decir, un trato diferenciado sin justificar.

En efecto, es indiscutible que conceder un derecho de opción, aunque sea en términos amplios («en cualquier tiempo») y de forma incondicionada, no es el mismo tratamiento que la concesión directa y automática de la nacionalidad española. Ese derecho de opción puede ser, en su caso, más favorecedor (constituye un auténtico privilegio), pero no es eso lo que tiene relevancia en este debate sobre la aplicación del principio de igualdad. Lo que resulta es que, sin justificación suficiente, se da un tratamiento distinto a los nacidos con anterioridad a la Ley 52/1982 de madre española frente a los nacidos después.

En cualquier caso hay siempre una diferencia desfavorable para

adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación».

Artículo 20.1: «Tienen derecho a optar por la nacionalidad española, además de las personas comprendidas en el último párrafo del artículo 17, quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español, así como aquellos cuyo padre o madre hubiese sido originalmente español (y nacido en España)».

los que gozan de ese derecho de opción, y es que no serán considerados como españoles de origen.

Por otra parte, no creo que la nueva regulación pudiese evitar, en su caso, la eficacia inmediata de la Constitución, que opera a partir de su entrada en vigor, tal y como en otros supuestos nos ha venido diciendo en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional.

Pero es que, además, la formulación actual de esa disposición transitoria 2.^a de la Proposición de Ley es desconcertante. Su redacción únicamente puede beneficiar a los que, no siendo españoles de acuerdo con la Ley 51/1982 («legislación anterior»), lo puedan ser de acuerdo con los nuevos artículos 17 y 19 del Código Civil. Pues bien, el artículo 19 de la Proposición no presenta ninguna variante respecto al artículo 18 actual, salvo el abandono de la referencia a la adopción plena, una vez unificada dicha institución por la Ley 21/1987 (8). Luego no hay nadie que, pudiendo ser español al amparo del artículo 19 de la Proposición, no pueda serlo también al amparo del artículo 18 del Código Civil actual.

El resultado es básicamente similar si se compara el artículo 17 de la Proposición con el artículo 17 actual. En efecto, los cambios en dicho artículo se producen principalmente en el apartado 4.º y en el último párrafo, pero no en el párrafo 1.º, que es el relevante a nuestros efectos y que permanece invariable, atribuyendo la nacionalidad española a «Los hijos de padre o madre españoles».

Sólo cabe concluir que los redactores de la disposición transitoria han sufrido una confusión, que únicamente cabría salvar, manteniendo el texto actual de la misma, si se entiende que la referencia a la legislación anterior comprende también la legislación anterior a la Ley 51/1982, es decir, toda la legislación anterior.

Aunque constituye un tema secundario, también conviene señalar que, como ya he dicho, el artículo 19 de la Proposición conserva la regulación del actual artículo 18 y, consecuentemente, la extraña atribución de la nacionalidad española de origen únicamente a los adoptados por quien ya fuese español en el momento de nacimiento de aquéllos. Pues bien, es evidente que semejante trato diferenciado para los demás adoptados es también contrario al artículo 14 C.E. La discriminación no procede del peor trato de los hijos adoptivos (arts. 18 actual y 19 de la Proposición) frente a los hijos naturales (art. 17), sino del de unos hijos adoptivos frente a otros hijos adoptivos. A pesar de que alguna vez se haya pretendido la necesidad constitucional —en base al principio de igualdad— de dar el mismo trato a los hijos naturales y adoptivos, parece indiscutible que ello no viene impuesto por los artículos 14 y 39 C.E., y así ha venido a reconocerlo

(8) Artículo 3.º: «En el texto del Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada "adopción plena" se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley».

tácitamente el Tribunal Constitucional, aunque sobre el respecto no haya realizado ningún pronunciamiento formal directo (9).

Mientras que nuestros legisladores entendieron oportuno modificar la regulación de la nacionalidad para —entre otras cosas— recoger en ella el principio constitucional de igualdad, no ha ocurrido lo mismo con la vecindad civil. De ella se ocupan básicamente los artículos 14 y 15 del Código Civil. Pues bien, yo creo que el artículo 14 del Código Civil es contrario a dicho principio, y que, consecuentemente, debe considerarse derogado. En efecto, somete la vecindad civil de la mujer casada a la del marido y atribuye la vecindad civil del padre a los hijos no emancipados. La vecindad civil de la madre únicamente opera subsidiariamente, en defecto del padre, para determinar la vecindad civil de sus hijos no emancipados.

No obstante, en este caso también algún sector de la doctrina ha venido a defender lo contrario: la no derogación del mencionado precepto por la Constitución. Estas son las consideraciones que yo he expuesto en contra de la mencionada opinión:

«Se ha venido a decir que el artículo 14.4 del Código Civil no es anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación. En efecto, la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad civil del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la Ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas, que no prejuzga si dicha Ley será favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros; por lo que —se añade— no cabe hablar de discriminación. Se trataría, pues, de un recurso práctico, difícil de sustituir a veces y que, en principio, no perjudica ni favorece a nadie, ni al hombre ni a la mujer. Yo creo que tales argumentos no hacen sino limitar el campo de aplicación del artículo 14 de la Constitución, que no tiene nada que ver con algo tan difícil de determinar como lo que pueda ser ventajoso o perjudicial para las personas. Es cierto que algunas de las desigualdades mantenidas por la Ley antes de la Constitución en relación con los supuestos de hecho de su artículo 14 eran más llamativas y/o menos soportables para la conciencia social, pero ello no puede conducir a reducir el efecto de dicho artículo 14 a los mencionados casos. En definitiva, discriminación equivale —como ya hemos apuntado— a cualquier trato diferenciado, en este caso entre el hombre y la mujer, que carezca de justificación suficiente. Pues bien, parece evidente que tal es el supuesto del artículo 14.4 del Código Civil. El trato diferenciado que reciben en él la mujer y el hombre carece de justificación alguna».

«Un segundo argumento que se maneja para defender la continua-

(9) Un trato desigual de hijos adoptivos e hijos por naturaleza se viene a aceptar tácitamente en la Sentencia 33/1983, de 4 de mayo.

da vigencia del artículo 14.4 del Código Civil es el de inseguridad que se crearía si se admitiese su derogación, como consecuencia de la laguna legal que se produciría. Conviene en este punto recordar principios fundamentales para cuantos nos dedicamos al estudio del Derecho. La existencia de lagunas legales es algo permanente y consustancial al Ordenamiento. La integridad se predica de este último y no de las leyes. Pero precisamente por ello el propio Ordenamiento suministra un sistema de fuentes y un sistema de interpretación y de aplicación, que incluye la integración de las lagunas normativas. Es labor de la doctrina, de los Jueces y Tribunales, y de todos los órganos del Estado, dentro del desempeño de sus funciones, salvar permanentemente las lagunas normativas mediante su aplicación de las diversas técnicas de integración de las mismas. Por ello, aunque existan lagunas normativas, "los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan" (artículo 1.7 Código Civil). Todo lo dicho conduce a concluir que la existencia de una laguna legal no puede constituir un argumento decisivo para rechazar la eficacia inmediata y derogatoria de la Constitución. Ello no quiere decir que no se haya producido, en efecto, un incremento de la inseguridad jurídica y que ello no sea negativo. Pero semejante situación es absolutamente inevitable en un proceso constituyente tal como el que estamos viviendo. La existencia de lagunas, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución, debe servir de estímulo a todos los órganos del Estado y a la doctrina para la superación de las mismas y no de argumento para aplazar el cambio constitucional a su desarrollo legislativo. En definitiva, esgrimir el peligro de la laguna legal para evitar la aplicación directa e inmediata de la Constitución conduce en multitud de casos a reducir el valor de nuestro primer texto legal a norma meramente programática» (10).

Lo mismo cabe decir —por cierto— de todas aquellas normas de Derecho internacional privado que utilizan como punto de conexión para la aplicación de un ordenamiento la nacionalidad o cualquier situación del marido con carácter prioritario frente a la correspondiente situación de la mujer. Es cierto que en todos estos supuestos, al renunciar a semejante sistema, sumamente sencillo, se ha de pasar a sistemas más complejos, pero ello no puede justificar suficientemente la preferencia que en tales casos se conceda a la situación del hombre frente a la de la mujer para decidir el ordenamiento aplicable a una relación jurídica. Tal es el caso del artículo 9.º 2 del Código Civil, cuando remite a la ley nacional del marido para regular las relaciones personales del matrimonio. Tal es el caso también del artículo 9.º 3 del Código Civil, que aplica también el mismo criterio

(10) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Vecindad Civil y Nacionalidad*. ADC. 1983, pp. 1149 y siguientes. Vid., pp. 1152 a 1154.

para regular las relaciones matrimoniales entre cónyuges. El artículo 107 del Código Civil, introducido por la Ley 30/1981, subsana ya ese trato discriminatorio, en relación con la ley aplicable a la separación y al divorcio.

Es cierto que la derogación por la Constitución del artículo 14.4 del Código Civil plantea la difícil integración de la laguna legal que surge en relación con la determinación de la vecindad civil de los hijos no emancipados cuando sus progenitores tengan distinta vecindad civil. Estos son los términos en los que yo he tratado de brindar soluciones para la integración de esa laguna:

En el Congreso de Zaragoza de 1981 la conclusión segunda de la ponencia de vecindad civil proponía de *lege ferenda* lo siguiente:

«Determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de un acuerdo, conviene establecer criterios objetivos».

Pero en la situación actual no resulta fácil admitir la mencionada solución. De hecho no creo que ningún encargado del Registro Civil estuviese dispuesto a inscribir una declaración de voluntad de los progenitores con semejante contenido.

Las únicas soluciones posibles serían las de acudir a la vecindad del domicilio o a la del lugar de nacimiento del menor. Se trata de criterios objetivos que, pensando también en una reforma legislativa de las características correspondientes a la conclusión del Congreso de Zaragoza reproducida, podrían servir, tal y como se dice en la misma, para solucionar los supuestos de desacuerdo.

El recurso a la vecindad del domicilio puede tener un apoyo por analogía, en el artículo 9.º.10 del Código Civil, que prevé como ley personal la del lugar de residencia habitual cuando la nacionalidad sea indeterminada. Por otro lado, dicha vecindad civil coincide con la tendencia de los diversos órganos del Estado a aplicar la ley del territorio, expresamente recogida en algunos de los Estatutos de Autonomía: así, en el catalán (art. 7.º 1), en el gallego (art. 38.1) y en el balear (art. 7.º). Por último, hay que añadir que normalmente esa vecindad civil del domicilio o residencia habitual terminará siendo la común de toda la familia, como consecuencia de la aplicación del artículo 14.3-2.º del Código Civil.

La atribución de la vecindad civil del lugar de nacimiento es práctica en la medida que tiene un punto de apoyo claro en el actual artículo 14.5 del Código Civil; aunque no fuese pensando para este supuesto de hecho, el caso es que resulta perfectamente subsumible en él. Ello es así siempre que, tal y como yo lo he entendido, dicho precepto no sea interpretado como encaminado a facilitar la prueba de vecindad civil, sino como receptáculo del papel residual que al «ius soli» le corresponde en la determinación de la vecindad civil cuando el «ius sanguinis» no puede operar: por desconocerse la identidad

de los progenitores, porque éstos no sean españoles; y, ahora, finalmente, en el caso que nos ocupa, porque la aplicación del «ius sanguinis» introduce también la duda («En caso de duda») sobre la vecindad civil del hijo, al remitirnos a dos vecindades civiles, la del padre y la de la madre» (11).

La aplicación de estos criterios cuestiona ciertamente el principio de unidad familiar en tema de vecindad civil, incluso entre hermanos. No obstante, semejante objeción no tiene hoy en día carácter decisivo, puesto que el principio de unidad familiar ha quedado ya roto en tema todavía más importante, como es el de la nacionalidad.

No es mala ocasión, a la vista de las dificultades que se plantean, para recordar lo oportuno que sería superarlas, al menos por el momento, mediante una modificación concreta del artículo 14 del Código Civil.

Y así ocurre, en efecto, con la redacción que se pretende dar al artículo 14 del Código Civil en la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, remitida recientemente por el Senado al Congreso (11 bis), que respeta la autonomía de la vecindad civil frente a la vecindad administrativa, la política y la residencia habitual o domicilio, suprimiendo las discriminaciones a las que me he referido del artículo 14.4 del Código Civil. Ello se hace sustituyéndolo con un nuevo sistema caracterizado por la renuncia total a la unidad familiar en materia de vecindad civil y por la facilidad (quizá excesiva en algún caso) de cambiar de vecindad civil, tanto de los cónyuges como de los hijos, cuando aquéllos o los padres de éstos no tienen la misma vecindad:

— «Cualquiera de los cónyuges no separados legalmente o de hecho podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro» (art. 14.4 de la Proposición).

— «Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tenían distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido establecida antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos tenga la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción» (art. 14.3, párrafos 1.º y 2.º de la Proposición).

— Aunque «Los cambios en la patria potestad o en la vecindad de los padres, no afectan a la vecindad civil de los hijos», se concede

(11) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Vecindad Civil y Nacionalidad*. ADC. 1983, pp. 1149 y siguientes. Vid., pp. 1159 a 1160.

(11 bis) Disueltas las Cortes para la convocatoria de Elecciones Generales, la Proposición ha vuelto a ser presentada, esta vez por el Grupo Socialista del Congreso (B.O.C. de 15 de diciembre de 1989), con el mismo texto.

un amplísimo derecho de opción a los hijos por la vecindad de aquellos, asistidos en su caso del representante legal:

«En todo caso el hijo desde que cumpla 14 años hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar por la vecindad de cualquiera de sus padres».

Finalmente, se mantiene, aunque ampliado en cuanto a su tiempo de ejercicio en los mismos términos señalados en el apartado anterior, el derecho de opción a favor de la vecindad civil del lugar de nacimiento.

La mencionada Proposición de Ley elimina también la discriminación de la mujer frente al marido derivada de la preferencia que el Código da —ya lo he apuntado— al ordenamiento nacional del marido (frente al de la mujer) para regular las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio. A tal efecto prevé esta nueva redacción para los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil:

«2. Las relaciones personales entre los cónyuges se registrarán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

«3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se registrarán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida la nueva ley nacional.»

Esta Proposición suprime también otros supuestos residuales de discriminación por razón de sexo y de edad:

— La preferencia que el artículo 1.066 da al varón frente a la mujer y al de mayor edad frente al de menor edad para entregar los títulos de fincas adjudicadas a varios herederos en las particiones de herencia. Se sustituye esa preferencia por el sistema de sorteo.

— Se suprime la referencia que el artículo 1.267, párrafo 3.º, contiene al sexo para calificar la intimidación.

— Se sustituye «mujer» por «cónyuge» en el artículo 648, número 2.º, en relación con la revocación de donaciones, y en el artículo 1924, número 2.º, apartado B), en relación con la prohibición de disponer en favor del Notario que autorice el testamento y de sus familiares.

— Se generaliza a todos los hijos (superando la redacción actual referida sólo a las hijas) la incapacidad por indignidad del artículo 756-1.º, con el siguiente nuevo texto: «Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

— Se elimina la desigualdad resultante del artículo 853, cause 3.ª («Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución»), suprimiendo la mencionada causa (11 ter).

(11 ter) En la tramitación parlamentaria de la misma Proposición —Vid., nota anterior— se han añadido otras modificaciones al Código:

Cabe señalar otros dos supuestos en los que —en mi opinión— subsisten discriminaciones contrarias al principio de igualdad, y consecuentemente, el artículo 14 C.E. Se trata de los artículos 184-2.º y 4.º y 837, párrafo 2.º Código Civil.

Por lo que se refiere al artículo 184 del Código Civil, no parecen suficientemente justificadas las preferencias que establece a favor del hijo mayor frente al menor ni a favor del hermano mayor frente al menor para la representación del declarado ausente.

Con mayor razón, ya que afecta también al sexo y al nacimiento, carecen de justificación las preferencias contenidas en el artículo 2.033 Ley Enjuiciamiento Civil a favor de hijos legítimos, varones y de mayor edad para la designación del defensor del desaparecido.

Por lo que se refiere al artículo 837 del Código Civil, el peor trato en la porción de legítima del progenitor que reciben los hijos extramatrimoniales concebidos constante el matrimonio con el viudo con derecho a legítima frente a los hijos extramatrimoniales concebidos antes de ese matrimonio carece de suficiente justificación. Así lo ha señalado algún sector de la doctrina.

Una vez más parece que el reproche a la infidelidad se pretende paliar o compensar con un mejor trato (legitimario) del cónyuge superviviente a costa de un peor trato (legitimario) de determinados hijos extramatrimoniales (adulterinos).

En cambio, creo que la diferencia de trato que se concede a los hijos de uno solo de los cónyuges, según convivan o no en el hogar familiar, está suficientemente justificada, tanto en la enumeración de las causas de separación (art. 82-2.ª del Código Civil), como en la determinación de las cargas de la sociedad de gananciales (art. 1.362-1.ª causa, párrafo 2.º del Código Civil.).

En el caso del artículo 2.033 Ley Enjuiciamiento Civil hay que afirmar lo mismo que he mantenido en relación con el artículo 17 en tema de nacionalidad y con el artículo 14 en tema de vecindad civil. La entrada en vigor de la Constitución supuso la inmediata derogación de tales preceptos en cuanto contenían un trato discriminatoria por razón de sexo y su sustitución (a veces especialmente problemática, como en el caso de la vecindad civil de los hijos de los cónyuges con distinta vecindad) por normas igualitarias. Lo mismo ocurre en todos los demás preceptos civiles de carácter discriminatorio (así, por ejemplo, en los arts. 58, 59 y 62-1.º de la Ley de Arrendamientos

— Se ha añadido la siguiente frase al artículo 9.8: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

— En el artículo 648-1.º se sustituye «la honra» por «el honor».

— Se da la siguiente redacción al artículo 159: «Si los padres viven separados y no decidiesen de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos y las hijas menores de edad. El Juez oírás, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

Urbanos; quizá también en los arts. 4.2 y 76.1 de la misma). En ese sentido, hay que afirmar que la Ley 51/1982 no ha venido sino a articular legalmente, para una mejor ordenación, ese efecto derogatorio de la Constitución (12). Lo mismo cabrá decir en su día de la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo a la que me he referido, si la misma se transforma, previa la correspondiente tramitación parlamentaria, en Ley.

Pero el tema varía en el caso de los artículos 184-2.º y 4.º y 837, párrafo 2.º Código Civil. En efecto, se trata de normas que han entrado en vigor con posterioridad a la Constitución (Leyes 30 y 11/1981, respectivamente). Consecuentemente, en su caso no opera la eficacia derogatoria inmediata a la Constitución (arts. 53.2 y disposición derogatoria, apartado 3). Ello implica que, aunque sean contrarias a la misma, estarán vigentes mientras no sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional y, consecuentemente nulas (art. 39 LOTC). Lo mismo cabe afirmar con respecto a toda Ley que se produzca en el futuro. De ahí que haya que temer especialmente la reforma de la nacionalidad si con ella se pretende —entre otras cosas— una interpretación de la Ley 51/1982 contraria al principio de igualdad y a la eficacia directa e inmediata de la Constitución.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON LA LEY

De acuerdo con la doctrina elaborada hasta ahora por el Tribunal Constitucional en relación con la interpretación y aplicación del artículo 14 C.E., «al establecer el principio general de que “los españoles son iguales ante la Ley” establece *un derecho subjetivo* (13) a obtener un trato igual, impone *una obligación a los poderes públicos*, de llevar a cabo este trato igual y, al mismo tiempo, *limita el poder*

(12) Lo mismo ocurre con las Leyes 11/1981 y 30/1981.

(13) «...dualidad de puntos de vista sobre la institución contenida en el artículo 14 de la Constitución, que puede ser considerada como un principio de derecho que modaliza relaciones o situaciones jurídicas y, por consiguiente, con su propio régimen jurídico y que puede ser considerada también como una norma y un límite de la potestad legislativa del Estado, que contiene al mismo tiempo un derecho subjetivo, de carácter fundamental, a la igualdad jurídica». Voto particular del Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo a la Sentencia 7/1983, 14 de febrero. Sala 2.ª. B.O.E. 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas» (14) (15).

«Dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Puede decirse, pues, que el principio de igualdad encierra una *prohibición de discriminación*, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podrá aducirse la quiebra del principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una *igualdad de situaciones* entre los sujetos afectados por la norma, se produce un *tratamiento diferenciado* de los mismos *en razón a una conducta arbitraria o no justificada* de los poderes públicos» (16).

A continuación no abordaré la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación de la Ley. La doctrina elaborada sobre el principio de igualdad y la aplicación de la Ley por los Tribunales (17) es aplicable básicamente a dicha aplicación por la Administración (18). Me limitaré pues a exponer la doctrina del Tribunal sobre el principio de igualdad en relación con la Ley.

Para la igualdad ante la Ley esa «doctrina señala que el artículo 14 sólo se viola si la *desigualdad* que una norma introduce está *desprovista de una justificación objetiva y razonable, en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada*, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los *medios* empleados y la *finalidad* perseguida» (19). El Tribunal Constitucional ha venido así a reproducir conscientemente —así se indica ya en su Sentencia 22/1981, de 2 de julio (20)— la doctrina del Tribunal Europeo de

(14) Sentencia 49/1982, 14 de julio. Sala 2.ª. B.O.E. 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(15) Los subrayados en toda esta parte del presente trabajo son míos.

(16) Sentencia 23/1981, 10 de julio. Sala 1.ª. B.O.E. 20 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(17) Para el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los Tribunales, remito a mi comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio. Sala 1.ª B.O.E. de 8 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente, en el núm. 17 de Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (Sentencia núm. 459 de dichos Cuadernos, pp. 701 y siguientes).

(18) De ahí que «La igualdad en la aplicación de la Ley dentro de la Administración, lo mismo que en el ámbito jurisdiccional, solamente es predicable de las decisiones que tengan su origen en un mismo órgano o entidad». Sentencia 47/1989, 21 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(19) Sentencia 123/1987, de 15 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 23/1984, de 20 de febrero. Sala 1.ª B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant; Sentencia 67/1988, de 18 abril. Sala 1.ª B.O.E. de 5 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; Sentencia 25/1989, de 3 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; STC 76/90, de 26 de abril. Pleno. B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(20) Pleno, B.O.E. de 20 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Can-

Derechos Humanos (21). «De esta suerte, *dos situaciones* consideradas como supuestos de hechos normativos *son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional*» (22). Por lo que, «si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables, y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio (23). La justificación o no justificación del trato desigual debe decidirse *de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*» (24); lo que implica «un fin constitucionalmente aceptable de la regla diferenciadora» (24 bis).

«La igualdad a que el artículo 14 se refiere... *no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva*. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicados unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo fundada de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (25). Es a las situaciones comparadas a las que hay que aplicar —preferentemente— el criterio o los criterios de razonabilidad en la distinción y justificación, siendo claro igualmente que la diferenciación puede venir determinada por la propia situación de hecho o por la jurídica o porque el legislador, normativamente, de modo justificado y razonable, anude a la situación diferenciada, distinto trato, porque la igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante» (26).

La protección de la mujer no es por sí sola razón suficiente para justificar la diferencia de trato con el hombre (27). No obstante, pue-

tón. También en la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral, que cita expresamente las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y de 27 de octubre de 1975.

(21) En relación con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

(22) Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno, B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(23) Sentencia 90/1989, de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 14 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(24) Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(24 bis) STC 55/90, de 28 de marzo. Pleo, B.O.E. de 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(25) Sentencia 49/1982, 14 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 128/1987, 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(26) Sentencia 29/1987, de 6 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 24 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(27) Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. El magistrado Excmo. Sr. Don Fran-

de serlo cuando pueda dar lugar a una promoción real y efectiva de la misma (28). Lo que se generaliza en estos términos: «el artículo 9.2 de la C.E., que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y para que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, *puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal* consagrada en el artículo 14 de la C.E., *permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material: pero no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos*» (29).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (30) aplica la mencionada tesis, al admitir como acorde con el artículo 14 C.E., en base el artículo 9.2. C.E., un trato favorable dado a la mujer trabajadora frente al hombre en relación con una prestación de guardería (31). La misma postura adopta la S.T.C.

cisco Rubio Llorente parece mantener una tesis distinta en su voto particular a la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Vid., la nota (65).

(28) Así se deduce «*a sensu contrario*» de la Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura, que rechaza un trato favorable de la mujer frente al hombre en el trabajo nocturno en clínicas y hospitales, «al basarse en una valoración proteccionista de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva».

(29) Sentencia 98/1985, de 29 de julio. Pleno, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(30) Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(31) Lo que argumenta así: «ahora bien, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador y otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales. Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9 por 100) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92 por 100), según la encuesta de población activa para el tercer trimestre de 1986, dato éste que no puede razonablemente separarse de la incidencia que el cuidado de los hijos supone en la continuación o iniciación de la actividad laboral de la mujer. No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tengan superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La

19/1989, de 31 de enero es un supuesto de mejor trato de la mujer frente al hombre con respecto a la pensión de jubilación. Lo que generaliza a cualquier grupo social que sufra de hecho una situación de inferioridad (32). La Sentencia 166/1988 generaliza también esa tesis de la superación, en su caso, del artículo 14 por el artículo 9.2 de la Constitución, y el deber que el mismo impone a los Poderes Públicos de promover una igualdad real (33).

La referencia constitucional a motivos de discriminación concretos no implica «la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la C.E. En este sentido no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 C.E. y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina» (34). *La edad*

diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres de la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños».

(32) Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matizando que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación».

(33) «Cierto es que la igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, e incluso el artículo 9.2 de la Constitución impone a los Poderes Públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la misma definición del artículo 1 C.E. De ello cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo.»

(34) Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

es una de las circunstancias contempladas en el artículo 14 C.E., aunque no esté expresamente mencionada, «pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad» (35).

Ahora bien, «la mera alegación de una diferencia de trato que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y la Ley no puede servir como presunta prueba de la discriminación» (36).

El artículo 14 C.E. se aplica también a las personas jurídicas en relación con las personas físicas (37).

La legislación de amnistía, aunque responda en su conjunto a un valor superior de justicia, se halla sometida al principio de igualdad (38). Lo que implica que el *derecho excepcional no está al margen del mencionado principio.*

En general, el Tribunal soluciona los supuestos de discriminación equiparando al discriminado con el sujeto o colectivo mejor tratado y no al revés (39), especialmente cuando se trata de cuestiones relacionadas con el mundo del trabajo (40).

(35) Sentencia 75/1983. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral. Incluso en relación al salario mínimo interprofesional, a pesar de que el artículo 35.1 C.E. mencione únicamente el sexo como factor de discriminación que se rechaza. Sentencia 31/1984, de 7 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. En el mismo sentido de que el Artículo 14 C.E. no contiene un *numerus clausus* de supuestos de discriminación. Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(36) Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(37) Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón: «No obsta a ello que el propio artículo 14 prohíba expresamente toda discriminación por razón de circunstancias que, como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión, son predicables exclusiva o normalmente de las personas físicas. De un lado, la prohibición de tales discriminaciones concretas no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica, en su sentido positivo, y, de otro, el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales, que pueden ser igualmente atributos de las personas jurídicas. De hecho, este Tribunal ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el artículo 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las Sentencias 99/1983, de 16 de noviembre; 20 y 26/1985 de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general».

(38) Sentencia 116/1987, de 9 de julio. Pleno, B.O.E., de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(39) Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(40) En un Estado social y democrático de Derecho (arts. 9.2. y 35 C.E.), la igualdad debe producirse por arriba y no por abajo: «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas». Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Exc-

«El principio de igualdad ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionador, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la Ley» (41). «*La supuesta violación del derecho de igualdad ante la Ley no se produce cuando la Ley es infringida o indebidamente aplicada*» (42), *ya que el artículo 14 no garantiza la igualdad en la ilegalidad (43), sino la igualdad en la legalidad», es decir, que la posible no aplicación de una Ley a un tercero, no supone la ilegitimidad de su aplicación a aquéllos que se sitúan en los supuesto de hecho contemplados en la norma de cuestión; independientemente, claro está, de la eventual existencia de una desviación de poder, apreciable por las instancias competentes*» (44).

El artículo 14 C.E. *impide la distinción infundada o discriminación, pero no la falta de distinción entre supuestos desiguales o discriminación por indiferenciación* (45), ya que «El artículo 14 C.E. reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (46).

«*No es preciso para considerar respetado el principio de igualdad, que el trato desigual sea el único, ni siquiera el mejor de los instrumentos imaginables, ya que no es función*» del Tribunal Constitucional «formular juicios técnicos ni tampoco de mera oportunidad acerca de los actos y disposiciones del poder público» (47).

mo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. Vid., también la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno B.O.E., de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(41) Sentencia 43/1982, de 6 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(42) Sentencia 5/1985, de 10 de abril. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(43) Sentencia 40/1989, de 16 de febrero. Sala 2.ª B.O.E. de 2 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Latorre Segura (que cita como antecedentes las Sentencias 43/82, 51/85, 62/87 y 127/88).

(44) Sentencia 58/1989, de 16 de marzo. Sala 1.ª B.O.E. de 19 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(45) Sentencia 86/1985, de 10 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. señor Francisco Rubio Llorente; Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Pleno, B.O.E. de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Díez-Picazo; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 48/1989, de 21 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(46) Sentencia 52/1987, de 7 de mayo. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa; Sentencia 136/1987, de 22 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(47) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 107/1986, de 24 de julio. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra; Sentencia

El artículo 14 C.E. no se aplica a los cambios legislativos. La desigualdad de normas que se suceden en el tiempo es inherente o consustancial al sistema de producción normativo. *Lo contrario conduciría al absurdo de impedir cualquier modificación legal*, porque siempre, por cuidadosas y detallistas que fueran las disposiciones transitorias, habría casos iguales que, regulados por unas u otras normas en razón del tiempo de su entrada en vigor o de su aplicación transitoria, conducirían a resultados desiguales, que, por ser consecuencia de política legislativa y no de criterios discriminatorios, no guardan relación alguna con el principio de igualdad del artículo 14 C.E. (48).

«Los mandatos del artículo 14 C.E. no implican forzosamente la uniformidad de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español, independientemente del municipio, provincia o Comunidad Autónoma en que residen» (49).

La carga de la prueba de justificar el carácter razonable de la diferencia de trato recae sobre quien la mantenga, especialmente cuando ello afecte a los factores específicos mencionados en el artículo 14 C.E. (50), exigencia «que no puede entenderse en el sentido estricto procesal de desplazamiento o inversión del *onus probandi*, por no

148/1986, de 25 de noviembre. Pleno B.O.E. de 10 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil. Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(48) Sentencia 109/1987, de 29 de junio. Sala 2.ª, B.O.E. de 9 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon; Sentencia 119/1987, de 9 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 236/1988, de 12 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(49) Sentencia 90/1989 de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 18 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López García.

(50) Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 241/1988, de 19 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón. Sentencia 144/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. Sentencia 253/1988, de 20 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 161/1989, de 16 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 241/1988. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

«...debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca, de manera tal que cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrece el mencionado fundamento, con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones». Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

tratarse ciertamente de hechos materiales, sino como imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad» (51). No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha aplicado esta inversión de la carga de la prueba a hechos, señalando la obligación de la empresa, que resuelve una relación laboral al amparo del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, de probar que los hechos que motivan la resolución no tienen nada que ver con discriminación por razón de sexo (52).

«En los supuestos en que se alegue una discriminación, este Tribunal ha mantenido que la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba, si es preciso, mediante la inversión de la reglas que regulan su carga» (53). «No obstante, lo anterior debe coordinarse con que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación. *Esa actividad probatoria ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación*» (54). Por ello «es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 C.E. aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato. A falta de ello toda denuncia de discriminación carece de relevancia desde la perspectiva del citado artículo 14» (55).

A veces se maneja como argumento para desechar la existencia de discriminación la *inexistencia de una voluntad o de una finalidad de discriminación* en la norma o acto en cuestión (56).

(51) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno. B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(52) Sentencia 166/1988, 26 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos De la Vega Benayas.

(53) Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre. Sala 2.ª B.O.E. de 22 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra; Sentencia 38/1986. 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura; Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno. B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre. Sala 2.ª B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(54) Sentencia 34/1984, de 9 de marzo. Sala 2.ª B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(55) Sentencia 68/1989, de 19 de abril. Sala 1.ª, B.O.E. de 19 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra.

(56) Sentencia 236/1988, de 12 de diciembre. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Bugué Cantón; Sentencia de 19/1989, de 31 de enero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «Bien se comprende con ello que la diferencia que mantiene dicha regla transitoria (de los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil) no tiene por objeto discriminar al varón frente a la mujer,

También se ha manejado como argumento complementario de otros principales, para aceptar la existencia de un trato desigual por la norma, el hecho de que se trate de *una norma transitoria, residual de una situación anterior en vía de extinción* (57).

III. LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON LA LEY

Al amparo de la doctrina expuesta, el Tribunal constitucional ha entendido que violaban el principio de igualdad:

— El artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos de 1966, puesto que «no parece en absoluto razonable que si un funcionario, que ha sido jubilado por causa de imposibilidad física, se reincorpora más tarde al servicio, tras el oportuno expediente de revisión en el que se acredita que está en condiciones de aptitud para prestarlo, y desempeña las funciones inherentes a su categoría y puesto de trabajo hasta su jubilación forzosa por edad, se haga caso omiso a efectos retributivos del tiempo transcurrido desde su reincorporación al servicio hasta dicha jubilación», «ya que no son situaciones diferentes, mientras coincidan temporalmente, la del funcionario que nunca ha estado separado del servicio y del que ha estado jubilado durante algún tiempo por causa de imposibilidad física, y no aparece justificada en la norma la pretendida desigualdad de trato de una de las dos situaciones iguales entre sí» (58).

— La disposición adicional 5.^a del Estatuto de los Trabajadores (59) si se interpreta como norma que establece la incapacitación

sino únicamente evitar que el personal femenino que comenzó a trabajar con anterioridad quede perjudicado por el nuevo sistema».

(57) Sentencia de 19/1979, de 31 de marzo. Sala 2.^a B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «Por tanto, las diferencias de trato que, con carácter transitorio y residual, aún pueden derivarse de las normas sobre jubilación no se deben propiamente a la condición masculina o femenina de los posibles beneficiarios, sino a la decisión de los poderes públicos de mantener transitoriamente, y con aplicación exclusiva a los trabajadores de uno y otro sexo que estuvieran afiliados a la citada Mutualidad, las condiciones de jubilación que dentro de ella esperaban disfrutar».

(58) Sentencia de 6 de abril de 1981. Sala 1.^a, B.O.E. de 14 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(59) «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de 69 años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad (60).

— El estatuto de Personal Sanitario Auxiliar titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 24 de abril de 1973, en la medida en que el mismo concede un trato de favor al personal femenino frente al masculino, al permitir que aquél, a diferencia de éste, cobre como horas extraordinarias todas las del domingo (61).

— El artículo 107 c) del texto refundido de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la CTNE, publicada por Orden de 10 de noviembre de 1958 —que conservaba su eficacia al entrar en vigor la C.E. en relación con las trabajadoras de la CTNE que hubieran contraído matrimonio antes de la Ley de 56/1961, según la cual el cambio de estado no altera la relación laboral—, pues es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 C.E. (62), y que, por consiguiente, perdió toda su eficacia desde la entrada en vigor de la Constitución, momento a partir del cual la mencionada suspensión de la relación laboral es nula (63).

— El artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, en la medida en que «el derecho de pensión del viudo se condiciona a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se trate de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la fallecida» (64).

(60) Por lo que deberá interpretarse como: —«El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa—; La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados; —La posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva».

(61) Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 98/1983, de 15 de noviembre. Sala 1.ª, B.O.E. de 2 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(62) «Pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma Empresa que contrajera matrimonio».

(63) Sentencia 7/1983, de 14 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente; Sentencia 8/1983, de 18 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 23 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra; Sentencia 13/1983, de 23 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 23 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 15/1983, de 4 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 86/1983, de 26 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente; Sentencia 58/1984, de 9 de mayo. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(64) Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. La cuestión se repite en la Sentencia 104/1983, de 23 de noviembre. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

No obstante, existe un voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, quien justifica la desigualdad en el trato de la Ley en la desigualdad real existente entre el hombre y mujer dentro de la familia (65). También existe otro voto particular de los magistrados Excmos. Sres. Jerónimo Arozamena Sierra y Francisco Pera Verdaguer (66).

— El Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927, en la medida en que establece, sin justificación suficiente, un trato distinto (favorable) para el trabajo nocturno de la mujer frente al hombre en clínicas y sanatorios, «al basarse en una valoración proteccionista de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva» (67).

— El artículo 5.º de la Ley 13 de mayo de 1932 sobre el Servicio Militar de voluntarios en Marruecos (68), en la medida en que, para que dichos voluntarios tengan derecho a pensión de retiro, exige, además de que cuenten por lo menos doce años de servicio, que hayan observado buena conducta, ya que este requisito no guarda relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida en el precepto, «que no es otra que la de asegurar unos deberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral como voluntarios del Ejército destinados en Africa», o —lo que es lo mismo— por falta de adecuación entre la finalidad de la exigencia y las consecuencias que de su incumplimiento deriva (69).

(65) «Los grupos sociales a los que la norma da en este caso distinto tratamiento son, sin embargo, grupos cuya condición es realmente muy distinta, pues es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre ella la parte más importante, cuando no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeña tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres, siendo iguales las circunstancias restantes. Esta desigualdad “real y efectiva” debe ser eliminada por el legislador por la vía y en el momento que juzgue más oportuno para dar cumplimiento al mandato del artículo 9.2. de la Constitución, pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla».

(66) Los cuales basan su discrepancia en la consideración de los artículos 9.2 y 41 C.E., así como en los límites de la eficacia derogatoria de la Constitución y de las funciones del Tribunal, que no debe erigirse en legislador, integrando lagunas legales, ni sustituir a los Poderes públicos que tienen la responsabilidad de la Gobernación.

(67) Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(68) Sentencia 114/1987, de 6 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(69) «Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada, de la que podrán derivarse legítimas consecuencias en orden, por ejemplo, a la permanencia de los voluntarios en el servicio activo, no la tiene, en cambio, como requisito necesario del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico

— La Ley 37/1984, en la medida en que no reconoce la situación de retirados, con los derechos correspondientes, sino tan sólo otros inferiores, al personal que hubiere ingresado al servicio de la República en las Fuerzas Armadas después del 18 de julio de 1936, a diferencia del trato dado a los militares profesionales ingresados antes de esa fecha y a los funcionarios civiles en general (70). En cambio, no es

de los interesados carece de toda relevancia en lo que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación, sino también, y de modo muy singular, porque la propia Constitución, en su artículo 25.2, reconoce el derecho de los condenados a pena de prisión a un trabajo remunerado "y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social"».

(70) Sentencia 116/1987, 9 de julio. Pleno. B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa. La Sentencia razona en los siguientes términos: En la Sentencia 63/1983 el Tribunal «declaró inequívocamente que, sin perjuicio de que entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas existan elementos diferenciadores que podrían reclamar módulos distintos en algunos de los efectos reintegradores que son propios de la legislación de amnistía (entre los cuales cabía destacar la no reincorporación al servicio activo de los funcionarios militares), ambas situaciones «se presentan por lo demás como afines y, desde luego, desde la razón a que obedece la amnistía, como iguales, sin que el elemento 'civil' o 'militar' actúe como diferenciador a los fines y el alcance que acabamos de indicar» (fundamento jurídico 3.º). Es esta situación de igualdad entre unos y otros funcionarios, que comporta el derecho a no sufrir discriminaciones o diferencias de trato desprovistas de motivos objetivos y razonables, la que ha sido desconocida y lesionada por la Ley 37/1984. Pues, en efecto, de acuerdo con el criterio de la profesionalidad *stricto sensu*, entendida como la obtención de un nombramiento definitivo o de carácter permanente en la Administración, debidamente escalonado, según las normas a la sazón aplicables para el ingreso en la función pública republicana, la plenitud de efectos reintegradores de la vigente legislación de amnistía alcanza a la totalidad de los funcionarios civiles de la Administración republicana, sin atender para ello a elemento cronológico alguno. Por el contrario, en el ámbito de las Fuerzas Armadas republicanas, el alcance de dicho criterio queda drásticamente limitado en la Ley ahora cuestionada a quienes obtuvieron su empleo profesional con anterioridad a una fecha determinada. Esta limitación es en sí misma una discriminación respecto de los funcionarios civiles de la república y provoca además, dentro del colectivo militar, una injustificada diferencia en el trato dispensado a los militares profesionales que obtuvieron sus empleos efectivos y definitivos después de aquella fecha. Tal desigualdad no guarda relación alguna con los «módulos distintos» a los que hacíamos referencia en nuestra reiterada Sentencia 63/1983, los cuales pueden ciertamente impedir la reincorporación al servicio activo de los funcionarios militares amnistiados, pero no logran justificar la denegación de los efectos sustantivos de la amnistía a una parte de este colectivo funcional, cuyos miembros han sido excluidos, sin ninguna razón, de la condición de militares profesionales retirados y de los demás derechos que el artículo 2 de la Ley cuestionada concede a la otra parte de ese mismo grupo de funcionarios militares, lo que al propio tiempo advierte de la falta de justificación objetiva y razonable de la distinción que la citada Ley ha introducido entre unos militares y otros en atención exclusivamente a la fecha de efectividad o consolidación de sus respectivos nombramientos definitivos».

Existe un voto particular de los Excmos. Sres. Don Francisco Rubio Llorente y Don Luis Díez-Picazo, quienes entienden «que las diferenciaciones entre categorías de personas que el texto legal toma en consideración no carecían de fundamento razonable, de suerte que el legislador era libre de establecer, respecto de cada uno de ellos regímenes jurídicos diferenciados... La Ley tiene por objeto reconocer servicios prestados durante la guerra civil y deriva de ese reconocimiento de servicios el cobro de pensiones o el disfrute de beneficios. En ese sentido creemos que no era ilegítimo establecer una distinción entre los militares profesionales que habían iniciado su ejercicio profesional antes de la guerra civil y los que lo habían iniciado después, pues una inteligencia estricta de la idea de profesionalidad puede permitir esa diferenciación. Por otra parte, no parece que sea constitucionalmente obligado otorgar el mismo trata-

contrario al artículo 14 el diferente trato que esa Ley 37/1984 da a quienes después de 1936 obtuvieron en el bando republicano sus empleos de militares únicamente de carácter provisional (en campaña) y no definitivos (71).

— Algunos Convenios Colectivos de los Auxiliares de Vuelo con Iberia, en la medida en que no admitían para los varones, y sí para los auxiliares de vuelo femeninos mayores de 35 años y menores de 40, un derecho a retiro anticipado, ya que semejante diferencia no parece justificada, ni siquiera por razones de presencia física, como lo prueba la supresión de dicha distinción en Convenios sucesivos (72).

— Una base de una pruebas selectivas para el ingreso en un cuerpo de una Administración Autonómica, al favorecer desproporcionadamente a los opositores que hubiesen prestado ya servicios en dicha Administración frente a los demás (73).

— El artículo 3 del Decreto-Ley de 2 septiembre de 1955, al conceder la pensión de viudedad únicamente a favor de las viudas de los pensionistas del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, negando así la prestación a los viudos (74).

— El artículo 63 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), en cuanto condiciona el derecho del viudo de funcionaria a percibir una pensión a requisitos no exigidos a la viuda del funcionario (75) (76).

miento jurídico a los miembros de las instituciones militares que a los funcionarios de la Administración Civil. Todo ello hacía posible la diferencia de regímenes jurídicos en punto a los beneficios derivados de los servicios reconocidos...»

(71) Vid., la propia Sentencia 116/1987 y la Sentencia 143/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª B.O.E. de 18 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra, que remite a aquélla.

(72) Sentencia 207/1987, de 22 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(73) En una fase inicial de concurso se consideraban únicamente como méritos los servicios prestados a esa Administración Autonómica, lo que el Tribunal no consideró contrario al artículo 14 C.E. Dicha fase podía puntuar hasta 13,5 puntos de un total de 30 puntos para toda la oposición. Pero lo que el Tribunal consideró contrario al artículo 14 C.E. es que dichos puntos de la fase del concurso pudiesen sumarse a las pruebas de la fase de oposición para conseguir el aprobado en los mismos (5 puntos), siempre que se obtuviere en esas pruebas un mínimo de 2,5 puntos. Sentencia 67/1989, de 18 de abril. Sala 2.ª, B.O.E. de 19 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.

(74) Sentencia 253/1988, de 20 de febrero. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón (con cita, en el último párrafo del Fundamento Jurídico 3.º, de tres sentencias antecedentes sobre la misma cuestión de desigualdad del hombre frente a la mujer en materia de pensiones; Sentencias 103/83, 104/83 y 42/1984). Sentencia 144/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(75) «Cuando fuere sexagenario o se hallase imposibilitado al ocurrir el fallecimiento de su cónyuge y siempre que careciese de otros ingresos suficientes».

(76) Sentencia 42/1984, de 23 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 25 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. No obstante, la Sentencia 49/1990, de 26 de marzo —Vid. notas (105 bis) (148) y (149), a la que me refiero al final de este apartado y de este trabajo— se pronuncia en un sentido contrario para un caso similar.

— El artículo 7.3 del R.D. 625/1985, en la medida en que excluye del subsidio por desempleo, en contra de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 31/1984, de Protección por Desempleo; a quienes sólo pueden jubilarse en regímenes de la Seguridad Social que no tengan prevista la protección por desempleo (76 bis).

En cambio, el Tribunal Constitucional ha entendido que no violaban el principio de igualdad:

— El artículo 74 del Estatuto General de la Abogacía, aunque exija un mínimo de dos años de antigüedad para acceder a cargos de la Junta de Gobierno y varíe el tiempo de antigüedad exigible en función del número de colegiados adscritos a cada Colegio «siendo norma favorecedora del pluralismo, que es finalidad razonable y atendible» (77).

— El artículo 28.2 b) del Decreto 1.166/1960, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley Especial para el Municipio de Barcelona, aunque exija que los concursantes a la provisión de plaza de Interventor de Fondos para el Ayuntamiento de dicha ciudad no rebasen la edad de 60 años (también lo exige para la provisión de plazas de Secretario General y de Interventor) (78). Lo que se justifica en la razón de que, habida cuenta las características del cargo, es conveniente la continuidad en su ejercicio; para lo que es indispensable que las personas que se incorporen al mismo estén alejadas de la edad de jubilación (79).

(76 bis) Sentencias 209/1987, de 22 de diciembre. Sala 1.ª B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; 78/1990, de 26 de abril. Sala 1.ª B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra.

(77) Sentencia 123/1987, de 15 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(78) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(79) No obstante, dicha Sentencia cuenta con un voto particular importante, formulado por cinco magistrados (Excmos. Sres. Doña Gloria Begué Cantón, Don Luis Díez-Picazo, Don Francisco Tomás y Valiente, Don Rafael Gómez-Ferrer y Don Antonio Truyol Serra), que consideran no suficientemente justificada la disposición en cuestión de no reunir la diferencia de trato los requisitos exigibles: «Para que una eventual desigualdad entre los ciudadanos que ocupen situaciones iguales quede excluida del artículo 14 de la Constitución, no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presente una justificación razonable. No basta justificar la «ratio» de la norma, porque, si así fuera, la regla de la igualdad entre la Ley del artículo 14 de la Constitución se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.

El artículo 14 de la Constitución contiene tres figuras distintas: a) un principio general del derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una *stricta* interpretación restrictiva; b) un derecho subjetivo de los ciudadanos, que les permite recabar de los tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida, y c) una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades.

No se trata, por consiguiente, de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos, que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado».

— El artículo 3.º del Real Decreto 2.504/1989, aunque exija para la afiliación de los trabajadores autónomos, que necesitan una incorporación colegial o asociativa, al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores, además de la decisión gubernamental, el acuerdo de los organismos corporativos de la profesión; lo que establece obviamente una diferencia del trato de esos trabajadores autónomos con los demás trabajadores autónomos. Esa diferencia de trato, «lejos de ser arbitraria y por ende discriminatoria, tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos, como son por una parte los derivados de la naturaleza del sistema de Seguridad Social (80) y por otra el hecho de que la incorporación al régimen de la misma de los distintos grupos de trabajadores ha sido y es necesariamente gradual y constituye una opción política legítima al posponer la incorporación de un determinado grupo o al condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio profesional» (81).

— El artículo 61 de la Ordenanza de la Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco, aunque el mismo permita el cese libre por parte de la empresa, sin sujeción al régimen general de despidos, del Jefe de Departamento de Máquinas, por entender que su situación es análoga a la de los capitanes, pilotos, patronos con mando de buque y contramaestres de pesca, ya que tal es el régimen general para dichos Jefes del Departamento de Máquinas, en las Ordenanzas laborales en el campo del trabajo en el sector de la navegación y la pesca marítimas, que «es el dato a tener en cuenta para establecer el término de comparación» (82).

— El artículo 74 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1982), aunque exija «para ser elegible a los cargos de la Junta de Gobierno de los Colegios la condición de tener la condición de residente en la demarcación del Colegio» ya que «la finalidad perseguida por el legislador es que los candidatos estén en condiciones de desempeñar el cargo con la atención debida»; para lo cual dicho requisito constituye una medida objetiva y razonable (83).

(80) «Por una parte, se señala que la naturaleza misma de los seguros sociales exige, por la forma de estructuración de este tipo de aseguramiento, su extensión a colectividades amplias; por otra parte, se indica que, como consecuencia de la premisa anterior, es preciso el carácter obligatorio, pues no es posible que el seguro social funcione como los seguros privados mediante una contratación voluntaria de personas particulares».

(81) Sentencia 68/1982, 22 de noviembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(82) Sentencia 1/1984, de 16 de enero. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. No obstante, existe un voto particular del Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente, quien considera que la mera analogía (distinta de la igualdad), sin explicación alguna sobre el contenido de la misma, entre el Jefe del Departamento de Máquinas y los pilotos, patronos con mando de buque y contramaestres de pesca, no justifica el distinto tratamiento.

(83) Sentencia de 23/1984, de 20 de febrero. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

— El Real Decreto 124/1982, aunque establezca salarios mínimos diferenciados por la edad, puesto que esas diferencias no están basadas sólo en la edad, al no partir de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuya igual valor (84).

— La disposición adicional 5.^a, párrafo 2.º, del Estatuto de los Trabajadores, aunque permita establecer edades de jubilación forzosa en los Convenios Colectivos. En efecto, el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, pero tal consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria, pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional (85).

— El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, dados los criterios de determinación de la mayor representatividad sindical que el mismo establece para conceder un trato preferentemente a los sindicatos más representativos (86).

— El artículo 245, párrafo 2.º, del Código de Justicia Militar, aunque, de acuerdo con él, no cabe la suspensión de pena a los militares, ya que dicho trato diferente se encuentra probablemente justificado por las exigencias de unidad y disciplina del Ejército, que de esta guisa quedan reforzadas (87).

— El artículo 221 del Código de Justicia Militar, aunque aplique oficiales y suboficiales, frente a los no integrados en la institución militar, la pena accesoria de separación del servicio en los supuestos de delito de estafa, puesto que esa diversidad sancionadora tiene su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de la naturaleza y funciones del servicio a la Institución militar y se produce dentro de los límites razonables (88).

— La disposición transitoria 7.^a de la Ley orgánica 11/1983, de 25 de mayo de Reforma Universitaria, a pesar del mejor trato que concede a los profesores agregados con respecto a los catedráticos, ya que «no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando se trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régi-

(84) Sentencia 31/1984, de 7 de marzo. Sala 2.^a, B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena.

(85) Sentencia 58/1985, de 30 de abril. Pleno B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 95/1985, de 29 de julio. Sala 1.^a, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(86) Sentencia 98/1985, de 29 de julio. Pleno B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(87) Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre. Sala 2.^a, B.O.E. de 15 de enero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(88) Sentencia 107/1986, de 24 de julio. Sala 2.^a, B.O.E. de 13 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

men jurídico, y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida» (89).

— El artículo 16 de la Ley 50/1984, de Presupuestos para 1.985, aunque dé lugar a diferencias retributivas entre los Facultativos del Consejo General del Poder Judicial, al fijar para los mismos las retribuciones correspondientes a las Carreras o Cuerpos y Categorías a los que pertenezcan, porque «La simple constatación de la diferenciación retributiva entre dos cuerpos de funcionarios no puede servir de fundamento suficiente para un recurso de amparo, ya que el legislador puede tomar en cuenta para asignar a uno u otro coeficiente no sólo la titulación exigida o la heterogeneidad de funciones, sino otros elementos como la responsabilidad, la intensidad de dedicación, la preparación...» (90).

— La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 10 de octubre de 1983, por la que se nombran Profesores Adjuntos a seis opositores con mayor puntuación (las plazas convocadas), aunque declarase la invalidez del acto administrativo de calificación del tercer ejercicio, al aprobar a opositores sin plaza, en contra del precedente administrativo, ya que «el cambio de criterio administrativo carece de relevancia constitucional cuando éste es confirmado por resoluciones de los Tribunales, que son los competentes para realizar la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria»: «el cambio de criterio adoptado por la Administración en la Orden... tuvo por objeto abandonar, por razones objetivas y generales, alejadas de todo propósito discriminatorio, una práctica administrativa cuya ilegalidad se ha visto refrendada por la jurisdicción contenciosa en Sentencias uniformes dotadas de fundamentación razonable y no arbitraria» (91).

— El artículo 520.2.e) LeCr, redactado por la Ley 14/1983, que se refiere únicamente al derecho de los extranjeros detenidos o presos a ser asistidos gratuitamente por un intérprete cuando no comprendan o hablen el castellano, siempre que se interprete en el sentido de que no priva de ese derecho a los españoles que se encuentren en la misma situación, pues lo contrario significaría una flagrante discriminación prohibida por el dicho artículo 14 C.E.: «No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (art. 3.1. C.E.), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental» (92).

(89) Sentencia 148/1986, de 25 de noviembre. Pleno B.O.E. de 10 de diciembre. Ponente Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil.

(90) Sentencia 29/1987, de 6 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 24 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(91) Sentencia 62/1987, de 20 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil.

(92) Sentencia 74/1987, de 25 de mayo. Pleno B.O.E. de 9 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

— El acuerdo de 26 de noviembre de 1974 de la Comisión del Consejo de Administración del extinguido Instituto Nacional de Previsión, aunque conceda a todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años, una prestación por guardería, mientras que únicamente la concede a los hombres viudos con hijos de esa edad, ya que esa diferencia de trato está justificada, al estar destinada a paliar la discriminación sufrida por la mujer trabajadora frente al hombre; lo que «responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del Texto fundamental» (93).

— El artículo 91 del Código Penal, aunque establezca una responsabilidad personal subsidiaria para los insolventes que no paguen la multa a la que hayan sido condenados, ya que la diferencia de trato en cuestión entre solventes e insolventes resulta justificada (94).

— Los acuerdos del Consejo de Ministros que autorizaron la reprivatización de una serie de entidades pertenecientes a RUMASA, aunque no reconocieran el derecho de reversión a los antiguos propietarios de los mismos, dado que, siendo razonable la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos expropiatorios (95), habida cuenta la finalidad de la expropiación previa, era razonable no reconocer ese derecho a dichos antiguos propietarios (96).

— El artículo 3 del Decreto 234/1969, de 25 de septiembre (por razón de parentesco), al excluir del régimen de afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador, ya que no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes (97).

— El artículo 31 del Estatuto jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aunque no establezca límite alguno a la realización de guardias y servicios de localización y horario complementario que exceda de la jornada normal de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con el horario de los demás colectivos de trabajadores, ya que dentro de cada uno se regula de manera uniforme la materia relativa a la jornada de trabajo y régimen de descansos (98).

(93) Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(94) Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Pleno B.O.E. de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(95) En base a la causa de la expropiación y a la naturaleza del bien objeto de expropiación.

(96) Sentencia 67/1988, de 18 de abril. Sala 1.ª, B.O.E. de 5 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer.

(97) Sentencia 109/1988, de 8 de junio. Sala 1.ª, B.O.E. de 25 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. La sentencia señala —aunque sin pronunciarse por razón de los límites del recurso— la posibilidad de que el mencionado precepto sea contrario a la igualdad por razón de sexo y por razón de religión, al contemplar como excepción a la mencionada regla a los parientes femeninos que presten un servicio doméstico al sacerdote célibe.

(98) Sentencia 170/1988, 29 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon.

— Los sucesivos planes de reconversión en un sector, aunque produzcan diferencias de tratos entre trabajadores cuya situación es la misma, ya que los mismos no pretendían tal discriminación, sino que eran el fruto derivado de la distinta planificación económica existente en cada momento dentro de ese sector (99).

Los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil, aunque conceden un mejor trato en la pensión de jubilación a la mujer frente al hombre, ya que ello no es sino una compensación por el peor trato que en general recibía la mujer en el momento en que esa diferencia se estableció (100), y, además, la misma se mantiene ahora transitoriamente con carácter residual (101).

(99) Sentencia 236/1988. Sala 2.ª Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra: «Las normas citadas en la demanda y reseñadas en el fundamento anterior podrían ser aplicadas, en efecto, a supuestos de hecho sustancialmente iguales, y, sin embargo, establecían un diferente nivel de protección para los trabajadores, incluidos en su respectivo campo de aplicación. Pero ello no significa que fueran discriminatorias. Ha de tenerse en cuenta que las disposiciones que aquí se trata de comparar, pese a su sensible paralelismo, nacieron en momentos históricos distintos, en un contexto social y económico diferente, con unos objetivos concretos parcialmente divergentes y, en fin, dentro de una distinta planificación general de la reconversión sectorial y empresarial. De ahí que estuviesen animadas por diferentes concepciones de la política de reconversión, que su ámbito de aplicación no fuese equivalente, que sus reglas y medidas fuesen distintas y, en particular, que sus previsiones de atención a los trabajadores excedentes no ofrecieran el mismo alcance. No son normas, dicho de otra forma, que tuvieran por objeto distinguir entre trabajadores, ni siquiera entre Empresas, sin perjuicio de que en su aplicación concurrente originan ciertas diferencias de trato. No puede decirse, por tanto, que en sí mismas generasen discriminación o fuesen contrarias al artículo 14 de la Constitución, no sólo porque su razón de ser no era trazar diferencias entre colectivos iguales, sino también porque ese precepto constitucional no puede ser obstáculo para la modificación o variación del marco normativo, mucho menos en una materia como la reconversión industrial, tan influida por los cambios del sistema económico y productivo».

(100) «En cualquier caso, y eso es lo que ahora importa destacar, no deja de resultar improcedente e incluso paradójico que se califique de discriminatoria y contraria a los principios de igualdad consagrados en la Constitución una medida que, aunque implicaba efectivamente un mejor trato para el personal femenino, había de aplicarse en un sector de actividad en el que, por aquellas mismas fechas, la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y, en particular, y por el sólo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación (Ordenes de 28 de marzo de 1943, de 29 de abril de 1947 o de 28 de julio de 1966). No debe olvidarse tampoco que las normas que ahora se tildan de discriminatorias para el varón se inscribían en un contexto normativo que se decía comprometido en «liberar» a la mujer casada «del taller y de la fábrica» (declaración II del Fuero del Trabajo) y que en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio (analizadas en numerosas Sentencias de este Tribunal), bien mediante reglas de fomento del empleo de los «padres» o «cabezas de familia» (condición que se predicaba en primer lugar del varón), había colocado al personal femenino en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo (Leyes de 21 de junio de 1960 o de 19 de junio de 1971).

Desde esta perspectiva, que es sin duda la que aquí debemos adoptar, no es apropiada la calificación de discriminatoria que el demandante de amparo hace a la disposición impugnada. De la exposición anterior se desprende con claridad que la diferencia de trato consagrada en los Estatutos de la Mutualidad Laboral del sector textil no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad

— Un pliego de condiciones para el concurso convocado por el Ayuntamiento de Barcelona para las concesiones de uso privativo de bienes de dominio público para kioscos de prensa, aunque excluya del concurso a las personas jurídicas, ya que mediante esas concesiones el Ayuntamiento ha pretendido favorecer la actividad de trabajadores autónomos (102).

— Las Ordenes Ministeriales (Industria y Energía) de 25 de abril de 1983 y 4 de mayo de 1983, aunque establezcan, para las ventas de carbón a centrales térmicas, distintos precios, según que el carbón proceda de explotaciones subterráneas o de explotaciones a cielo abierto, así como, en este último caso, según que el carbón proceda de unas zonas geográficas u otras, ya que ello está en función del interés público (sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección) y responde a razones de política económica (103).

que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. Desde la perspectiva actual puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos; pero esa objeción no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de una medida que, lejos de crear discriminación alguna, se limitaba a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado».

(101) Vid., nota (57).

(102) Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón:

«A esta finalidad primordial de facilitar un medio para el desarrollo de una actividad laboral autónoma se conecta la cláusula por la que se permite licitar tan sólo a las personas físicas, de nacionalidad española, que sean mayores de edad y no excedan de los sesenta y cinco años (art. 12.1).

Pues bien, es evidente que, fundándose en la citada finalidad, no puede afirmarse que la exclusión de una sociedad mercantil, como es la recurrente de amparo, carezca de una justificación, objetiva y razonable. Es objetiva porque la desigualdad de trato que la sociedad demandante denuncia no se basa en su condición subjetiva de persona jurídica, sino que es simple corolario de la finalidad perseguida: facilitar la ocupación laboral en régimen de autonomía. Y es razonable por constituir dicha finalidad un objetivo lícito dentro de la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 de la Constitución, sin que, por otra parte, el modo en que en el presente caso se manifiesta dicha política, es decir, la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la explotación de kioscos de prensa, resulte desproporcionado en relación con el fin perseguido».

(103) Sentencia 25/1989, de 3 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón:

«En este contexto, la distinción entre explotaciones subterráneas y a cielo abierto resulta razonablemente justificada y no puede considerarse discriminatoria. De un lado, porque los objetivos perseguidos con la medida impugnada responden a principios rectores de la política económica constitucionalmente fijados, ya que, como el Abogado del Estado señala, tal distinción deriva de la necesidad de estabilizar el sector (art. 40.1), equilibrando y armonizando su desarrollo (art. 131.1) y velando por una utilización racional de estos recursos naturales (art. 45.2), y es asimismo congruente con una política de fomento de empleo (art. 40.1) y de protección del medio ambiente (art. 45.1), y, de otro, porque la medida adoptada es coherente con dichos objetivos, aparece económicamente fundada, y no puede calificarse de arbitraria o irrazonable.

A la misma conclusión se llega si el término de comparación son las explotaciones

— El artículo 1.2 del Real Decreto 2.298/1984, aunque introduzca diferencias de trato entre los trabajadores agrícolas eventuales a la hora de concederles o no la posibilidad de acogerse al subsidio de desempleo, según que su lugar de residencia sea en unas u otras Comunidades Autónomas, ya que ello está justificado por la diversa intensidad del problema del paro de estos trabajadores agrícolas eventuales en cada Comunidad (104).

—La Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, aunque anticipe la edad de jubilación a 65 años, ya que la diferencia de edad marcada por ese límite constituye una justificación objetiva y razonable dentro del diseño de un nuevo modelo de la función pública (105).

— El artículo 51.2 del Reglamento de la Mutualidad de la Enseñanza Primaria, aunque establezca que si el cónyuge viudo es varón, sólo tendrá derecho a la pensión de viudedad cuando, además de cumplir los requisitos contemplados en el apartado 1, sufra incapacidad total y permanente para el trabajo y sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional, ya que el diferente trato por razón de sexo descansa en la siguiente fundamentación razonable: «la pensión de viudedad era, en la Mutualidad de Enseñanza Primaria, una prestación complementaria asumida de forma voluntaria... que..., se regía por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, a los que, por su propio carácter voluntario, no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del artículo 14 de la Constitución» (105 bis).

— El artículo 8.1, párrafos 2.º y 3.º de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), aunque establezca reglas de competencia especiales para el juicio y fallo, respectivamente, de los delitos menos graves y de las faltas en que hayan podido incurrir los agentes policiales en actos realizados en el ejercicio de sus funciones, ya que dicho trato especial consiste únicamente en atribuir la competencia a órganos judiciales superiores y ello resulta justifica-

a cielo abierto, que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2 de la Orden impugnada, perciban la totalidad del precio. Las dos excepciones aducidas al respecto por la representación del recurrente aparecen justificadas en los informes que figuran en las actuaciones y responde, bien a exigencias derivadas del régimen especial a que están sometidas las empresas productoras de hulla coquizable destinada en parte a la siderurgia, o bien a las características específicas de la zona sur en relación con las restantes cuencas españolas. No cabe, pues, afirmar de acuerdo con los referidos informes, que los elementos de diferenciación introducidos en la Orden Ministerial carezcan de una razón que los justifique desde el punto de vista de la política sectorial fijada, resultando, por ello, irrelevantes los datos estadísticos aportados por la representación del recurrente en su escrito de alegaciones».

(104) Sentencia 90/1989, de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 14 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(105) Sentencia 100/1989, de 5 de junio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis de los Mozos.

(105 bis) STC 49/1990, 26.3. Sala 2.ª B.O.E. 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis de los Mozos. Sobre esta sentencia volveré al final del apartado V («Igualdad y Autonomía Privada»).

do habida cuenta de la función constitucional (art. 101.1 CE) que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (105 ter).

— Los artículos 80.4, 81.1 a) y 86 de la Ley General Tributaria en la redacción introducida por el artículo 4 de la Ley 10/5, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque establezcan la suspensión del ejercicio de funcionarios o profesionales oficiales como medida sancionadora, que se acumula a la de multa, de las infracciones tributarias, ya que «no supone una discriminación injustificada en el trato que el legislador dispensa a estas personas con relación al que reciben los ciudadanos en general, pues no es igual la situación en que unos y otros se encuentran respecto de la Administración Tributaria (105.4).

— El artículo 82.b) de la Ley General Tributaria, en la redacción introducida por el artículo 4 de la Ley 10/85, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque disponga que las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto, entre otros criterios, a «la capacidad económica del sujeto infractor», ya que resulta razonable esa adecuación de la multa a la situación económica del infractor, que viene justificada o exigida también por el artículo 31.1 en relación con el artículo 9.2 de la Constitución (105.5).

— El artículo 58.2.b) de la Ley General Tributaria en la redacción dada al mismo por el artículo 3 de la Ley 19/85, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque establezca un interés de demora a favor de la Administración superior a un 25 por 100 al interés legal del dinero (salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente), mientras que los contribuyentes sólo tienen derecho al interés legal en la devolución de los ingresos indebidamente realizados en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias (art. 155.1 de la Ley), ya que los supuestos no son iguales, habida cuenta que la Administración sobre el contribuyente (art. 31.1 de la Constitución) y que la puntualidad en el pago a la Administración tributaria tiene una especial importancia, «ya que

(105 ter) «Tiene razón el Abogado del Estado cuando aduce la dificultad intrínseca que tiene el enjuiciamiento de estas cuestiones, que requieren la ponderación de diversos valores constitucionales en juego, la calificación de eximentes, etc., ponderación que podría explicar y justificar, como medida razonable y no arbitraria, la elección por la Ley de un órgano superior que, al tener como función la corrección de la aplicación e interpretación del Derecho cumplida por los inferiores, goza institucionalmente de una superior experiencia e idoneidad técnica-jurídica». STC 55/1990, 28 de marzo. Pleno. B.O.E. 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(105.4) «...ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria.» STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(105.5) STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

cualquier retraso masivo en el pago de las deudas tributarias puede suponer un daño a la Hacienda Pública de muy grandes proporciones» (105.6).

— La Orden del Ministerio de la Gobernación de 26 de febrero de 1975, por la que se establece el régimen de higienización de la leche destinada al abastecimiento público, aunque no rija para los municipios inferiores a cinco mil habitantes, ya que ello no implica la ausencia de todo control sanitario en el abastecimiento de tales poblaciones (105.7).

— La instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia de 3 de junio de 1986, aunque prohíba que los Profesores de Religión de Centros estatales puedan ser candidatos al cargo de Director de sus respectivos Centros, pues ello resulta razonable, dados los requisitos de estabilidad en el Centro, que exige con carácter general el Real Decreto 2.376/1985, para desempeñar ese cargo y dados los sistemas de selección establecidos para estos Profesores de Religión (105.8).

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986, de 22 de octubre, «la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alimentar prejuicios irracionales presentes en nuestra socie-

(105.6) «De otro lado, la fijación de un bajo interés de demora, muy distanciado del valor real del dinero en el mercado, tendría sin duda un efecto inducido en numerosos casos que podría proporcionar retrasos en el pago de la deuda tributaria para obtener un beneficio patrimonial, en clara discriminación respecto a los ciudadanos que cumplen puntualmente con sus obligaciones tributarias». STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(105.7) Sentencia 83/1990, de 4 de mayo. Sala 2.ª B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Alvaro Rodríguez Bereijo.

(105.8) «La Instrucción combatida no se propone excluir en sentido discriminatorio a los Profesores de Religión en cuanto tales, es decir, en virtud de su condición personal o profesional, sino que constituye una aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 2.376/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los órganos de gobierno de los Centros públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional, según el cual los candidatos al cargo de Director «deberán ser Profesores con destino definitivo en el Centro»; y como quiera que los Profesores de Religión son designados por la autoridad académica «para cada año escolar», entre las personas que proponga el Ordinario diocesano, conforme estipula el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, ratificado el día 4 de diciembre de 1979, es evidente para esta parte que tales Profesores de Religión no cumplen el requisito de destino definitivo en el Centro. En opinión del Abogado del Estado, este requisito es tan objetivo como razonable, pues con él se trata de satisfacer una elemental exigencia de estabilidad en el centro de las personas elegibles para ocupar su dirección; a ello debe añadirse que no es igual la situación de los Profesores de Religión que la de los restantes Profesores de centros públicos, ya que estos últimos han accedido a la función pública en virtud de procedimientos de selección fundados en los principios de mérito y capacidad, pudiendo por lo mismo desempeñar el cargo en condiciones de objetividad e imparcialidad, lo que no es posible asegurar, en cambio, en el nombramiento de los Profesores de Religión, basado como está en una relación de confianza con autoridades eclesiásticas ajenas al Consejo de 20 de mayo. Sala 1.ª B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

dad. No menos cierto es, también, sin embargo, que ese uso no es en sí mismo discriminatorio...» (106).

IV. ALGUNAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON TEMAS DE DERECHO CIVIL

Dentro del campo concreto del Derecho Civil, hay que citar en primer lugar la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre (107), que vino a equiparar los hijos naturales o no matrimoniales en relación con el ejercicio de las acciones de reconocimiento de filiación y, consecuentemente, a considerar derogado el anterior artículo 137 del Código Civil y a extender el régimen del anterior artículo 118 del Código Civil —previsto para la filiación matrimonial o legítima— a los hijos naturales o no matrimoniales. Mientras que el artículo 137 del Código Civil mencionado limitaba la acción de reclamación de la filiación a la vida de los presuntos progenitores, el artículo 118 del Código Civil mencionado, extendía la acción a toda la vida del hijo, con independencia de que los hipotéticos progenitores siguiesen viviendo o no.

La importancia de esta Sentencia radica no sólo en la interpretación que la misma da del artículo 14 C.E. en relación con el artículo 39.2. C.E. para un caso relevante de discriminación por razón de nacimiento, sino también en la eficacia inmediata de la Constitución que la misma defiende y aplica con respecto a ese artículo 14 y al principio de igualdad en él contenido.

En efecto, frente a la tesis de la Audiencia Territorial de Sevilla y de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que consideraban que el artículo 14 C.E. tenía únicamente valor programático, el Tribunal Constitucional entiende que, de acuerdo con el artículo 53.1 C.E., el artículo 14 C.E. tiene valor normativo inmediato, y, consecuentemente, de acuerdo con la disposición derogatoria de la C.E., había derogado el artículo 137 del Código Civil, por ser discriminatorio por razón de nacimiento en cuanto al régimen de las acciones de filiación, en perjuicio de los hijos matrimoniales. Ello debe aplicarse también a los nacidos antes de la C.E., sin que implique una aplicación retroactiva de la misma, sino únicamente su eficacia normativa inmediata.

Esta eficacia de la Constitución en tema de igualdad y precisamente en relación con la filiación no matrimonial se reitera en la

(106) Sala 1.^a, B.O.E. de 18 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. Refiriéndose al informe policial, en el que se habla de «familias gitanas».

(107) Sala 2.^a, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

Sentencia 155/1987 (108), ya que considera que la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (109) no es anticonstitucional porque no remite únicamente al Código Civil en su redacción anterior, sino también a la Constitución, a partir de su entrada en vigor, y al consiguiente efecto derogatorio que la misma había producido ya en el artículo 807 del Código Civil al tratar desigualmente a los hijos no matrimoniales frente a los matrimoniales en materia sucesoria (110).

La Sentencia 33/1983, de 4 de mayo (111), considera justificado (justificación objetiva y razonable, el peor trato concedido en materia de pensión y orfandad a los adoptados simplemente frente a los adoptados plenamente; lo que extiende también indirectamente a los adoptados plenamente frente a los hijos por naturaleza, rechazando, consecuentemente, la pretensión de equiparación de la pensión de orfandad dentro del ámbito de la Administración Local, basada en los artículos 14 y 39.2 C.E. La Sentencia considera «...perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión sólo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad plena y aunque se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo», dado que los regímenes civiles de una y otra figura son también distintos, sin que ello suponga discriminación alguna.

Relacionado también con la desigualdad de trato entre adoptados, así como entre adoptados e hijos naturales, con respecto al artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que limita el derecho a subrogarse en el arrendamiento a los adoptados antes de cumplir 16 años, hay que mencionar el Auto del Tribunal Constitucional 540/1987, de 6 de mayo (112), que declara inadmisión el correspondiente recur-

(108) Pleno, B.O.E. de 12 de noviembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(109) «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva sucesión».

(110) «Limitar a los viejos preceptos del Código civil, en su redacción anterior a la C.E., la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieran y debieran inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la C.E., en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la C.E. y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra». Se desestima la cuestión.

(111) Sala 2.^a, B.O.E. de 20 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don. Jerónimo Arozamena Sierra.

(112) Sala 2.^a. Sección 1.^a. Excmos Sres. Don Tomás y Valiente, Díez-Picazo y Díaz Eimil:

«Este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, en Sentencia 33/1983, de 4 de mayo, acerca de las diferencias entre adopción plena y adopción simple y la ausencia de violación del principio de igualdad por tal motivo...Consideraciones análogas podrían efectuarse en el caso que nos ocupa con respecto a las diferencias, en cuanto al derecho de subrogación en el arrendamiento, existentes entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, o precisando más, entre la filiación por naturaleza y la adoptiva antes del cumplimiento de 18 años por el adoptado, por un lado, y a adopción una vez cumplida tal edad, por otro. Las diferencias legalmente estableci-

so de amparo basado en una hipotética discriminación de dichos hijos adoptivos, al considerar esa diferencia de trato como justificada y razonable.

El Auto del Tribunal Constitucional 671/1985, de 9 de octubre (113) entiende que el artículo 14 C.E. no puede ser causa de la ampliación del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las parejas de hecho, desestimando consecuentemente la subrogación pretendida en base a esa circunstancia en la posición de arrendatario: «Si hasta ahora no se han equiparado los vínculos matrimoniales a las uniones de hecho, en este terreno, nada hay que lo exija en nombre del principio y del derecho a la igualdad, sin que la actuación equiparatoria del legislador en otros supuestos prejuzgue ni obligue a tratamientos igualatorios en este caso».

La Sentencia 260/1988, de 22 de febrero (114) entiende que la disposición adicional 10.^a 2.^a de la Ley 30/1981 debe interpretarse de manera que se pueda aplicar también a los casos en los que, no habiéndose producido el fallecimiento antes de la vigencia de la propia Ley, sino después, vigente ya la nueva Ley, se haya «manifestado la intención de contraer matrimonio y adoptado las medidas conducentes a la obtención del divorcio», aunque «éste —debido al curso temporal de los correspondientes trámites judiciales— no ha podido lograrse sino algún tiempo después de haber fallecido el causante». Lo que se justifica porque concurre la misma situación a la que se refiere literalmente el texto de la mencionada disposición: la imposibilidad de contraer nuevas nupcias (115).

La Sentencia 159/89, de 6 de octubre 1989, considera que el artículo 31.1 (116) de la vigente Ley no puede interpretarse estrictamen-

das entre unos y otros supuestos encuentran una justificación objetiva y razonable en la finalidad reconocida de evitar posibles fraudes..., así como en una mayor atención en determinados casos a los derechos del arrendador». Vid. mi comentario a esta sentencia en el número 21 de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.

(113) Sala 1.^a, Sección. Excmos Sres. Díez de Velasco, Gómez-Ferrer y Escudero.

(114) Sala 2.^a, B.O.E. de 23 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(115) «Con independencia, pues, de la fecha del fallecimiento y cumplidos los restantes requisitos establecidos en la norma, la igualdad de los supuestos de hecho —en los que la persistencia de la unión extramatrimonial tiene una misma causa: la imposibilidad de celebrar nuevo matrimonio— exige un tratamiento legal que anude a ellos las mismas consecuencias jurídicas, con el fin de dar cumplimiento al derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución. O, dicho de otro modo, una interpretación de la norma controvertida, acorde con el derecho a la igualdad reconocido en el referido precepto constitucional, exige la inclusión, en el ámbito de aplicación de la misma, de supuestos como el ahora examinado; de no ser así, el referido derecho fundamental resulta conculcado por la introducción de un elemento diferenciador apoyado exclusivamente en la interpretación literal de un requisito que es contraria a la finalidad perseguida por el legislador a través del precepto y, por ende, carece de sentido y de fundamentación racional».

(116) Artículo 31.1. LAU: «Mientras subsista, no se reputará traspaso la asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiere fallecido, aunque forme parte de ella el cónyuge sobreviviente».

te, limitándolo a la mujer viuda y no extendiéndolo a la mujer separada o divorciada, por ser dicha interpretación de la norma contraria al principio de igualdad (117).

En relación con la responsabilidad patrimonial, el Tribunal Constitucional ha declarado anticonstitucionales, como contrarios al artículo 14 C.E.:

— Los artículos 707.2 y 709 del Código de Justicia Militar en cuanto limitan a la cuarta parte de los sueldos de los militares el embargo de los mismos por razón de alimentos, puesto que no existe causa razonable para ese peor trato de las familias de los militares frente a las de los demás ciudadanos, «pues la conveniencia de que el militar goce de independencia económica que le permita mantener dignamente su «status» ha de ser reconocida también a los funcionarios civiles y a todos los ciudadanos» (118).

— El artículo 709, regla segunda, del Código de Justicia Militar, en cuanto establece que no podrán ser objeto de embargo los haberes personales de los militares para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos celebrados con particulares o de las costas producidas para su reclamación, ya que ello implica una diferencia de trato no justificada frente a los demás ciudadanos (por las mismas razones que se señalan en el caso anterior) así como una diferencia entre quienes contratan con militares frente a los que contratan con otros ciudadanos, tampoco justificada (119).

— El artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, en cuanto prohíbe el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía, ya que no existe «causa razonable que justifique las ventajas de los que se benefician, sin límite alguno, los perceptores de prestaciones sociales, ni la posición de desventaja en que se coloca a sus acreedores en relación con quienes

(117) «Una diferenciación en punto a la exención del traspaso del local de negocio entre los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales atendiendo exclusivamente a su causa (la muerte, el divorcio o la separación legal), aparte de carecer de justificación jurídica, conlleva una discriminación social entre el *status* de «viuda», que podría beneficiarse de la exención del artículo 31.1.º LAU y el de «separada» (o divorciada), quien quedaría civilmente penalizada, y ello aun cuando, como acontece en el presente caso, la esposa no hubiere dado lugar a la separación legal». Por ello la Sentencia 159/1989, de 6 de octubre, Sala 1.ª B.O.E. de 7 de julio de 1989, ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra, declara la nulidad de la Sentencia de 5 de febrero de 1987 dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia en el recurso de apelación número 435/1986.

(118) Sentencia 54/1983, de 21 de junio. Pleno B.O.E. de 15 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(119) Sentencia 151/1985, de 5 de noviembre. Pleno B.O.E. de 26 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo; Sentencia 12/1986, de 28 de enero. Sala 1.ª B.O.E. de 12 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Pera Verdager.

lo sean de perceptores de otras retribuciones, subsidios o pensiones» (120) (121).

V. IGUALDAD Y AUTONOMIA PRIVADA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de junio (122), dice que «...el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 C.E.» (123). El Tribunal viene pues a mantener que el principio de igualdad se impone con menor fuerza en el campo de la autonomía privada, en comparación con la sumisión al mismo de los poderes públicos; concretamente, se impone en aplicación del orden público constitucional, prohibiendo así las discriminaciones contrarias al mismo. Esas discriminaciones, por otra parte, comprenden las enumeradas expresamente en el artículo 14 C.E., pero no se limitan a ellas.

Queda así resumida una doctrina que el Tribunal ha venido desarrollando en un número relativamente reducido de Sentencias.

La primera de ellas significativa es la Sentencia 34/1984, de 9 de marzo (124). El recurso de amparo en cuestión se interpone contra

(120) «Aunque el preceptor de una prestación de Seguridad Social puede soportar una situación procesal de particular necesidad que permita diferenciarlo de los perceptores de cualesquiera otras retribuciones, ello sólo podría justificar un tratamiento legal distinto de las prestaciones de Seguridad Social respecto a otras percepciones en lo que a las limitaciones de la inembargabilidad se refiere, pero no podría justificar, por irrazonable y desproporcionada, la inembargabilidad absoluta de las prestaciones de Seguridad Social al margen y haciendo completa abstracción de su cuantía, su origen y las circunstancias personales de los perceptores». Sentencia 113/1989, de 22 de junio. Pleno B.O.E. 24 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil. El fundamento jurídico 4 de esta Sentencia contiene un resumen completo de todas estas Sentencias sobre responsabilidad patrimonial.

(121) En un caso similar (inembargabilidad de las pensiones de los mutilados de guerra —art. 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio—), la Sentencia 23/1988 entiende que, tratándose de una norma posterior a la entrada en vigor de la Constitución, su inconstitucionalidad tenía que haber sido declarada por el propio Tribunal Constitucional y no por el Tribunal Central de Trabajo, por lo que concede el amparo, anula la Sentencia de dicho tribunal y manda retrotraer las actuaciones al momento de la conclusión del procedimiento e inicio del plazo para dictar Sentencia, dejando así abierta al Tribunal Central de Trabajo la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la mencionada disposición legal (Sentencia 23/1988, de 22 de febrero. Sala 1.ª B.O.E. de 18 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero).

También se expone la problemática de esta Sentencia 23/1988 en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 113/1989.

(122) Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Lorente.

(123) Fundamento Jurídico 1, párrafo 4.º.

(124) Sala 2.ª, B.O.E. de 3 de abril de 1984. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. Antecedentes de esta materia se encuentran ya en la Sentencia 1/1984,

Sentencia de la Magistratura del Trabajo, que desestimó la reclamación del recurrente. Este pretendía que se le abonase un complemento de sueldo que percibían otros trabajadores de su empresa, sin justificación alguna. La Sentencia recurrida entendía que, salvados los mínimos salariales legales o pactados colectivamente, así como no incurriendo en las discriminaciones prohibidas por los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podía establecer con cada uno de sus trabajadores el salario que estimase oportuno, en base al artículo 3.ºc) del mencionado Estatuto que reconoce a la autonomía de la voluntad como fuente de la relación laboral.

El problema planteado al Tribunal Constitucional, como éste expone en su Sentencia, es el de «saber si la concesión de una cantidad que carece de justificación objetiva a unos trabajadores y no a otros vulnera el derecho a la igualdad. Dicho de otro modo: si el principio de igualdad exige la identidad en la retribución, admitiéndose exclusivamente las diferencias que estén objetivamente justificadas en tanto que lo estén».

La Sentencia desestima el recurso. Afirma que el principio de igualdad rige también en el ámbito de las relaciones entre particulares, aunque con «una matización importante» (125), derivada del principio de autonomía de la voluntad que, «si bien aparece fuertemente

de 16 de enero —Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra—, que considera, en recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo, que el libre despido de un Jefe del Departamento de Máquinas en Buques Arrastreros al Fresco no es contrario al principio constitucional de igualdad. Como explica la Sentencia, la cuestión «consiste en si el mantenimiento de su puestos de cese sin sujeción al régimen general de despidos, establecido aquí por la Ordenanza o que lo fuese eventualmente por convenio o contrato, mantenimiento que las dos Sentencias impugnadas deducen de su interpretación de la legalidad, viola, como sostiene el recurrente, el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, al consagrar un trato diferencial injustificado con unos trabajadores con respecto a los demás» (el subrayado es mío). El Tribunal desestima el recurso, ya que considera justificado ese tratamiento diferenciado (de libre despido) frente a los demás trabajadores, dada la naturaleza de la función (de confianza del naviero o armador) que desempeñan los Jefes de Máquinas.

La Sentencia cuenta con un voto particular del Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(125) Con cita expresa de la Sentencia 59/1982, de 28 de julio —Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de agosto—. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral—, la Sentencia recuerda que el Tribunal ha declarado que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (como lo es, en el período al que los recurrentes limitan su impugnación, la diferencia de retribuciones entre dos tipos de trabajadores) tiene relevancia jurídica, es menester demostrar, que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados» y que esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho».

La mencionada Sentencia 59/1982 se refiere a la no discriminación entre categorías de trabajadores con sueldo determinado reglamentariamente (se trata del Reglamento de Régimen Interior de Renfe).

limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales.

En la medida, pues, en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. No afecta para nada a ello la argumentación del recurrente sobre las consecuencias que una situación de este tipo puede originar (vejación del trabajador, desunión de los trabajadores, etc.). Como toda medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes reconocen; y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad».

De ahí que el Tribunal desestime el recurso, por no considerar contrario al principio de igualdad la diferencia de trato que deriva de ese complemento de sueldo que el empresario venía dando a unos trabajadores y no a otros.

Resulta pues que, según la Sentencia, la autonomía de la voluntad permite una desigualdad de trato, siempre que la misma no incida en alguna de las causas discriminatorias prohibidas por el artículo 14 de la Constitución. Satisfecho ese límite, las partes son libres para vincularse contractualmente como estimen oportuno, incluso dentro del mundo laboral, naturalmente dentro del respeto a la Ley, a la moral y al orden público (art. 1.255 del Código Civil). Por ello —se señala en el pasaje de la Sentencia transcrito— el ejercicio de la autonomía de la voluntad debe circunscribirse a los fines para los que se concede, de los que claramente quedaría excluida la finalidad vejatoria. Pero semejante control (y la correspondiente ilicitud) ya no deriva del principio de igualdad, sino —añado yo— de ese respeto debido «a la Ley, a la moral y al orden público».

La Sentencia 97/1984, de 16 de octubre (126), se ocupa de una resolución de contrato laboral en período de prueba, al amparo del artículo 14.2 del Estatuto de los trabajadores (127). La trabajadora afectada por la resolución interpuso demanda contra la empresa por

(126) Sala 2.^a, B.O.E. de 31 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(127) «Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso».

despido nulo, por considerar discriminatorio el acto extintivo al estar basado en el embarazo de aquélla, y la Magistratura de Trabajo falló a su favor. En cambio, el Tribunal Central de Trabajo entendió que no podía hablarse de acto discriminatorio, sino de ejercicio de un derecho por parte de la empresa, acorde con el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores. El recurso de amparo se interpuso pues por la trabajadora despedida contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

El Tribunal Constitucional considera que, aunque la facultad de resolución del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores puede ejercerse sin necesidad de motivación, «está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental» como el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Ello significa que el ejercicio de un derecho subjetivo privado no puede realizarse contradiciendo el principio de igualdad. Naturalmente, el problema radica en saber si semejante doctrina es generalizable o se limita al amparo de las relaciones laborales y, concretamente, a la facultad de resolución del contrato de trabajo.

El Tribunal desestimó no obstante, el recurso, ya que de los hechos no resultaba que la trabajadora hubiese sido despedida, y consecuentemente discriminada, por razón de sexo.

El Tribunal reitera la misma doctrina en un caso similar, en la Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre (128). Pero, a diferencia del supuesto anterior, estima el recurso porque entiende que, en efecto, se había producido discriminación por razón de sexo (trabajadora embarazada), anulando, por consiguiente, la Sentencia recurrida del Tribunal Central de Trabajo. Además, se recuerda y aplica la tesis de la inversión del *onus probandi*: habiendo alegado la trabajadora su embarazo y su derecho a ser discriminada, la empresa —el INSALUD— debió probar que los hechos determinantes de la resolución de la relación laboral no tenían nada que ver con la discriminación por razón de sexo alegada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero (129), se ocupa de un supuesto de despido por inactividad laboral del sábado en vez del domingo. La recurrente pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que impone a sus miembros la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Ello dio lugar a que fuese despedida por abandono de puesto de trabajo y ausencias injustificadas. Promovido proceso por despido nulo, la Magistratura de Trabajo estimó la demanda, por entender que supo-

(128) Sala 2.^a, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(129) Sala 2.^a, B.O.E. de 5 de marzo de 1985. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra.

nía un trato discriminatorio, contrario al artículo 14 de la Constitución y el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Central de Trabajo estimó el recurso de suplicación de la empresa y declaró procedente el despido.

El recurso de amparo se interpuso pues contra esa Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, alegando violación del derecho fundamental de libertad religiosa (artículo 16.1 C.E.). Lo que ocurre es que la consideración de dicha hipotética violación de la libertad religiosa conducía —como el propio Tribunal pone de relieve en la Sentencia— a la relación de la misma con el artículo 14 de la Constitución: no discriminación por razón de religión.

El Tribunal Constitucional no estima el recurso, ya que entiende que la imposición del descanso dominical no responde a un trato discriminatorio por razón de religión, contrario al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (130), ya que dicho descanso dominical no tiene actualmente carácter religioso, sino que es una institución secular marcada por la tradición en el mundo del trabajo (131).

El Tribunal señala que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución forman parte del orden público y, por consiguiente, constituyen un límite para la autonomía privada: «...es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto» (132). El principio constitucional de igualdad forma pues parte del orden público, con los efectos previstos para el mismo por el artículo 1.255 del Código Civil en relación con la autonomía privada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de ju-

(130) Artículo 17.1 E.T.: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la Empresa y lengua dentro del Estado español.»

(131) Artículo 37.1 E.T.: «Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas.»

(132) «... no se sigue de ahí, en modo alguno —añade el Tribunal—, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». Lo que la recurrente pretendía pues —en opinión del Tribunal— era la dispensa del cumplimiento de las obligaciones libremente aceptadas y ajustadas a derecho en base al principio constitucional de libertad religiosa y a la invocación de no discriminación por razón de religión.

lio (133), se ocupa de un supuesto de diferencia de trato concedido por el INSALUD entre trabajadores y trabajadoras. Mientras que todas las trabajadoras, *independientemente de su estado civil*, con hijos menores de seis años, perciben una prestación por guardería, sólo los *hombre viudos* con hijos de esa edad reciben tal prestación. La Sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, que desestimaba la pretensión del recurrente encaminada a que se le reconociera a él también, aunque no era viudo, esa prestación complementaria en concepto de guardería.

Frente a la alegación del INSALUD de que la ayuda por guardería es una prestación de concesión graciable y que, por consiguiente, depende de sus organismos directivos la determinación de los casos en los que se conceda, el Tribunal vuelve a recordar que el empresario no puede utilizar el margen de autonomía privada, del que dispone en la contratación laboral, para introducir discriminaciones entre unos y otros trabajadores. Añade que esa prohibición es más rígida cuando se trata de una entidad pública: «es preciso señalar que, si bien (de acuerdo con lo afirmado en nuestra Sentencia 34/1984, de 9 de marzo, fundamento jurídico 2.º), la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias; prohibición que, en buena lógica, debe operar en una forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público».

No obstante, el Tribunal no estima el recurso porque admite el segundo argumento alegado por el INSALUD: «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación».

De ahí que la diferencia de trato en cuestión no constituya una discriminación, sino «una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del Texto Fundamental». Es un tratamiento diferente a sujetos en situaciones distintas, de acuerdo con criterios razonables.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre (134), se ocupa de un hipotético caso de discriminación por razón de apariencia o presencia física, aunque tanto el planteamiento del

(133) Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(134) Sala 2.ª, B.O.E. de 21 de noviembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon y González Regueral.

recurrente como la actitud del Tribunal impidieron que este tema fuese directamente abordado. Se trataba del despido de un barman por haberse dejado la barba en contra de las órdenes del empresario, que fue declarado procedente tanto por la Magistratura de Trabajo como por el Tribunal Supremo.

El barman interpuso recurso de amparo contra ambas sentencias, alegando la infracción de los artículos 24.1, 14 y 18.1 (intimidad y propia imagen) de la Constitución. El Tribunal Constitucional lo desestimó.

La alegación de la infracción del artículo 14 se refería a la igualdad en la aplicación de la Ley por la propia Magistratura del Trabajo. Pero el Tribunal Constitucional consideró que no se producía el requisito de la igualdad entre el caso en cuestión y el considerado en otra sentencia anterior, ya que, a diferencia del supuesto anterior, en el presente se había alegado y probado que era un uso local en el sector de hostelería que los empleados que tuviesen contacto con los clientes debían estar afeitados. Lo que también impedía considerar que hubiese existido una infracción del artículo 18.1 de la Constitución. Se concluía que el empresario estaba legitimado, a la vista del mencionado uso local, para dar la orden correspondiente (art. 20.1 del Estatuto de los Trabajadores) y para despedir al barman ante su reiterado incumplimiento de la misma [art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores].

Yo creo que el Tribunal debería haberse planteado expresamente la concordancia de ese uso local con los derechos fundamentales de la Constitución, tanto en relación con el artículo 14 (135) como con el artículo 18.1, puesto que los mismos forman parte —según ya se ha señalado— del orden público.

Planteados en esos términos la cuestión, el tribunal vino a decir, en fin de cuentas, que despedir a un barman por dejarse la barba no implica un ejercicio de la autonomía privada contrario al artículo 14 de la Constitución (tampoco al art. 18.1 de la misma), puesto que semejante diferencia de trato (entre barbudos y no barbudos) parece razonable (acorde con los valores generalmente aceptados), ya que cuenta con el respaldo de un uso local.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1987, de 22 de diciembre (136), aborda también un tema relacionado con la exigencia en actividades laborales de una determinada apariencia o presencia física. Las auxiliares de vuelo femeninas de Iberia mayores de treinta y cinco y menores de cuarenta años tenían reconocido, por convenio colectivo, el derecho a solicitar el retiro anticipado. Los recurrentes

(135) Hay que tener en cuenta que el artículo 84 LOTC permite al Tribunal suscribir motivos distintos de los alegados por las partes.

(136) Sala 2.ª, B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

en amparo, auxiliares de vuelo masculinos, vieron desestimada por el Tribunal Central de Trabajo su pretensión de que también a ellos se les reconociese el mismo derecho (en contra de la Sentencia de Magistratura de Trabajo, que sí que había estimado su demanda).

El Tribunal estimó el recurso y consideró que, en efecto, el Convenio Colectivo en cuestión era discriminatorio por razón de sexo, perjudicando injustificadamente a los auxiliares de vuelo masculinos.

La Sentencia recurrida había justificado el fallo en la exigencia de una presencia atractiva para el desempeño de las funciones propias de las auxiliares de vuelo femeninas: «ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de auxiliar de vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio».

Frente a lo que el Tribunal Constitucional argumenta en los siguientes términos: «Pueden existir, sin duda, actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es este el caso de los auxiliares de vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los auxiliares masculinos y femeninos».

«Prueba de ello —añade la Sentencia— es que en los sucesivos Convenios Colectivos (posteriores a la entrada en vigor de la Constitución) se suprimió dicho derecho de retiro anticipado para las auxiliares de vuelo femeninas» (137).

El tratamiento dado a este caso pone de relieve lo ya dicho en relación con el anterior: en aquel se echa en falta una valoración directa de si era o no correcto exigir en la presencia física de un barman el no tener barba.

No obstante, conviene señalar una diferencia importante, aunque el Tribunal no la explicita. Iberia es un empleador de carácter público y —ya se ha señalado la doctrina del propio Tribunal—, como tal, está obligado a una aplicación más escrupulosa del principio constitucional de igualdad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 de octubre (138), explicita algo que resulta claro de las sentencias a las que me he referido en esta parte: que la autonomía privada tiene como límite de su ejercicio el respeto de los derechos fundamentales de la Constitución (orden público) y, concretamente, el derecho a la igualdad de su artículo 14, si bien con ciertas matizaciones (139); que la

(137) Aunque se reconoció su subsistencia para las auxiliares de vuelo femeninas ingresadas antes del 31 de diciembre de 1979.

(138) Sala 2.^a, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(139) «Ciertamente, el artículo 53.1 del Texto Constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos.

protección de la igualdad frente a los particulares por vía del recurso de amparo se produce indirectamente, como recurso frente a las Sentencias de los Tribunales que no han concedido previamente la protección que les ha sido pedida (140); que esas limitaciones y esa protección, correspondientes al principio constitucional de igualdad, se

pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la Sentencia de 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) “en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional y ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2. encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

«Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto ese Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica».

(140) «En principio, y como ya ha declarado este Tribunal, el recurso de amparo no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud del Convenio Colectivo, no sólo por el reparto de funciones que la Constitución establece entre los órganos judiciales y la justicia constitucional, sino también porque el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos —disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho— que vulneren los derechos fundamentales de los afectados, como se deduce de los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica de este Tribunal, lo cual excluye necesariamente la posibilidad de que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del Convenio Colectivo.

Pero ello no significa que este Convenio quede totalmente al margen del recurso de amparo. No cabe duda de que el Convenio Colectivo, como otros actos privados —a los que en principio, y sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se efectúen, ha de asimilarse—, puede lesionar los derechos fundamentales, y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para impetrar el amparo. Es cierto que ello no basta para acudir a este especial mecanismo de garantía, por las exigencias procesales que la Ley Orgánica de este Tribunal impone; pero también lo es que el afectado por esa lesión podrá acudir a los Tribunales ordinarios para que la reparen, y que, en el caso de que su demanda le sea denegada, podrá ejercitar la correspondiente acción de amparo, una vez cumplido el trámite previsto en el artículo 44 de la citada Ley Orgánica (Sentencias 6/1988, de 21 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo). El recurso de amparo, en definitiva, no puede excluirse cuando se trata de reaccionar frente a actos de los poderes públicos que, pese a su eventual contradicción con la Constitución, apliquen un Convenio Colectivo o le reconozcan validez en puntos que se opongan a ésta (ATC 643/1986, de 23 de julio); no es dicho recurso, indudablemente, un remedio procesal contra el Convenio, pero la legitimidad constitucional de éste incide en la legitimidad del acto de los poderes públicos que formalmente se impugna (STC 95/1985, de 29 de julio)».

aplican a los Convenios Colectivos, puesto que los mismos se incardinan, a estos efectos, entre las relaciones privadas (141).

Los recurrentes, trabajadores del Ayuntamiento de Sevilla, impugnaron indirectamente, primero ante la jurisdicción laboral y luego ante el Tribunal Constitucional, un Acuerdo Colectivo, por entender que era discriminatorio para ellos. Casi todos los trabajadores del Ayuntamiento (1.700 de un total de 2.000) cobraban un plus de toxicidad o peligrosidad. El mismo se había ido extendiendo a muchos trabajadores, aunque no tuviesen una actividad de esas características, como una forma indirecta de aumentar sus retribuciones. El acuerdo impugnado pretendía regularizar la situación; para lo que creó un «plus convenio», por la misma cuantía que el otro para todos los que todavía no disfrutaban de él (300 trabajadores). Los recurrentes en amparo consideraban que el establecimiento de ese «plus convenio» les causaba discriminación, puesto que, al venir percibiendo antes el «plus de toxicidad» de la misma cuantía, no se encontraban entre los beneficiarios del mismo y, por lo tanto, sus salarios no habían experimentado el incremento del 20 por 100 concedido a los beneficiarios del mencionado «plus convenio». La Magistratura falló a favor de ellos, pero el Tribunal Central de Trabajo revocó la sentencia de aquélla, y el Tribunal Constitucional no estimó el recurso, ya que entendió que no había existido discriminación, a pesar de la desigualdad de trato derivada del Acuerdo Colectivo. Hay que tener en cuenta —se dice— que los trabajadores afectados no se encontraban en la misma situación, sino que realizaban funciones distintas. Pero quizá el argumento más importante (aunque se utiliza para reforzar el anterior) es que con el Acuerdo no se pretendía «marginar o discriminar»... sino más bien racionalizar y reordenar la estructura salarial de la Empresa, estableciendo una base salarial para todos los trabajadores... y eliminando... las consecuencias de una concesión indiscriminada de plus de toxicidad a la práctica totalidad de la plantilla».

Frente al argumento de los recurrentes de que ellos sí que desempeñaban un trabajo de carácter tóxico o penoso y que, consecuentemente, deberían recibir un mejor trato que los demás trabajadores, el Tribunal recuerda que el artículo 14 no impone un trato desigual de los que están en situaciones desiguales, sino únicamente un trato igual para los que están en situaciones iguales (142).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 241/1988 (143) estima un

(141) Vid., las dos notas anteriores, (139) y (140).

(142) «... ha de recordarse que del artículo 14 de la Constitución no se deriva derecho alguno a esa diferencia de retribución sino, más bien, el derecho a no ser discriminado en su percepción en el caso de que se estableciere. El principio de igualdad no exige la creación de un determinado plus o complemento, aun cuando se den las circunstancias fácticas precisas para ello, sino la aplicación no discriminatoria del mismo cuando la Ley o el Convenio colectivo lo hubieren creado».

(143) Sala 2.^a, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excm.a. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

recurso de amparo interpuesto contra Sentencia del Tribunal Supremo, en la que, revocando una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, se declara que el reingreso de una trabajadora en el Consejo General de Colegios de Médicos, tras la excedencia que había obtenido años atrás, sólo podrá producirse a partir del momento en que dicha trabajadora sea cabeza de familia. El Tribunal Constitucional entendió que dicha condición, impuesta por razón de sexo, era discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución.

La interesada había solicitado en 1964 la excedencia y la dote por razón de matrimonio, y el Consejo accedió a ello. Ambas partes actuaron creyendo que seguía vigente el artículo 41 de la Reglamentación Nacional de Trabajo para el Personal correspondiente a la Organización Médica Colegial, aprobada por Orden de 1948, cuando no era así. Por ello, de acuerdo con ese artículo 41 también, el Consejo condiciona el reingreso en la plantilla de esta trabajadora a que se constituya en alguna ocasión en cabeza de familia.

El Tribunal Constitucional considera aplicable —de acuerdo con la Magistratura de Trabajo— la doctrina, manifestada reiteradas veces por el mismo, según la cual, las disposiciones reglamentarias que disponían la excedencia forzosa de la mujer y que condicionaban el reingreso a ser cabeza de familia son discriminatorias.

Pero el Tribunal Supremo entendió que, no estando vigente el mencionado artículo 41 de la Reglamentación de 1948, en realidad las partes, el Consejo y la trabajadora, habían pactado voluntariamente una excedencia en los términos previstos por ese artículo 41. De lo que el Alto Tribunal dedujo que «si las partes se ajustaron a dicho artículo para el inicio de la excedencia, también habrán de ajustarse a lo dispuesto en él para su finalización, por lo que el derecho que asiste a la actora a reingresar sólo podrá ejercerlo a partir del momento en que se constituya en cabeza de familia».

Frente a lo que el Tribunal Constitucional reitera que el artículo 14 de la Constitución constituye un límite para la autonomía privada. De manera que no puede aceptarse por vía del consentimiento contractual la discriminación que sería nula si estuviese impuesta por una norma reglamentaria, circunstancia que concurre en la condición en cuestión de ser cabeza de familia para poder reingresar en la plantilla del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos: «Aun en tal supuesto, ha de examinarse el contenido de la condición a la que se somete el reingreso de la recurrente —que según el Tribunal Supremo ha de considerarse implícita en la concesión de la excedencia—, ya que, si dicha condición resultase discriminatoria, sería radicalmente nula por contradicción con el artículo 14 de la Constitución, como expresamente reconoce el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores para “las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones”. Es cierto que la aplicación de los derechos

fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente (Sentencias 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, entre otras), pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad».

El Auto 1.069/1987 precisa, por lo que se refiere al ejercicio de los derechos, que el artículo 14 de la Constitución impide actuar dicho ejercicio incidiendo en alguna de las discriminaciones típicas contempladas por él, pero no impone un trato de los sujetos pasivos de tales derechos acorde con el principio de igualdad. El ejercicio de los derechos, al igual que la autonomía de la voluntad queda, con la mencionada salvedad, al arbitrio de los particulares.

El recurso de amparo se interponía frente a una Sentencia de la Audiencia Provincial, que condenaba al recurrente al derribo de un cerramiento de terraza como obra incontestada por los copropietarios del inmueble. El recurrente alegaba la infracción del artículo 14 de la Constitución, puesto que —decía— la Sentencia de la Audiencia no había tenido en cuenta la alegación de que los copropietarios no habían actuado contra otro cerramiento similar llevado a cabo por otro propietario sin consentimiento expreso alguno.

La Sección 1.^a de la Sala 1.^a (144) acuerda la inadmisión del recurso con estos argumentos:

«Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el Derecho a no ser discriminado que establece el Artículo 14 C.E., cuando se trata de las discriminaciones típicas —por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social—. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda de uno y condonarla total o parcialmente a otro».

Las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado directamente de las relaciones entre la autonomía privada y el principio de igualdad del artículo 14 C.E., junto con la doctrina general

(144) Integrada por los Excmos. Sres. Tomás y Valiente, Díez-Picazo y Díaz Emil.

elaborada por el Alto Tribunal sobre la interpretación y aplicación del mencionado principio constitucional, permiten esbozar lo siguiente sobre las mencionadas relaciones autonomía privada-igualdad.

El artículo 14 de la Constitución forma parte de nuestro orden público y, consecuentemente, opera también como límite del principio de autonomía privada o de la voluntad (arts. 1.255 y 6.º 2 del Código Civil), el cual encuentra asimismo un reconocimiento de nuestra Constitución, a través del reconocimiento de la libertad (arts. 1.º 1 y 9.º 2 C.E.), de la libertad de empresa y de la economía de mercado (art. 38 C.E.). Los particulares, las personas privadas tienen que respetar también dentro de su esfera de actividad el principio de igualdad. Ello afecta a los negocios jurídicos en general —también al ejercicio de los derechos—: contratos, donaciones, fundaciones, asociaciones, cooperativas, testamentos, comunidades.

Evidentemente, el concepto de orden público que se maneja en este caso no es el originario, equivalente al normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y, especialmente, el de los servicios públicos (145). Aquí se trata del orden público como receptáculo de las ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas indispensables para la sociedad o para el orden social (146). Se trata de una cláusula general de la Ley que «otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, las que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes» (147).

La eficacia del artículo 14 C.E. dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas.

Lo que el artículo 14 C.E. prohíbe, como parte del orden público nacional, es que ese ejercicio arbitrario (dejado al arbitrio de cada uno) de la autonomía privada pueda producir discriminaciones *mani-*

(145) Vid. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Notas para la historia de la noción de Orden Público*. REDA, núm. 36, enero/marzo, 1983, pp. 19 y ss.

(146) Vid., el artículo 3.º 1, de la Ley Orgánica 7/80, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y los artículos 2.º b) y 4.º a) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

(147) FEDERICO DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*. ADC, 1982, pp. 987 y ss. Vid., p. 1050. Sobre el concepto de orden público. Vid., pp. 1014 a 1050 del mencionado trabajo.

fiestas contrarias a las expresamente previstas en él: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión. También puede prohibir discriminaciones derivadas de otras condiciones o circunstancias personales o sociales, siempre que éstas, al igual que las expresamente enumeradas, tengan, por razones históricas, geográficas, económicas o de cualquier índole, la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público. Ello puede implicar, en su caso, que no se pueda alegar como error del consentimiento relevante aquel que implique un ejercicio de la autonomía privada manifiestamente discriminatorio en el sentido señalado.

Evidentemente esta limitación de la autonomía operará con mayor o con menor eficacia según la naturaleza de los negocios jurídicos considerados, según la naturaleza de los derechos que se ejerzan, según las circunstancias concurrentes en uno y otro caso. La consideración de la naturaleza implica la necesidad de respetar la causa del negocio y la función del derecho. La consideración de las circunstancias implica una valoración de los resultados concretos que se producen y de la trascendencia social de los mismos. Un papel importante corresponderá en este campo a la intención manifiesta o presunta de los particulares cuyo trato desigual de otros sea cuestionado.

En principio, cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia de los negocios a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social (fundaciones). También en el mero ejercicio de los derechos. Su incidencia será mayor en la contratación dirigida al público en general (prestaciones de bienes y servicios), sobre todo cuando se trate de contratación que recaiga sobre materias socialmente importantes, sobre todo cuando el sujeto discriminatorio tenga una posición total o parcialmente dominante en el mercado o en la sociedad.

La discriminación deberá ser manifiesta. Por ello, quien la alegue deberá probarla: tanto el trato desigual, como su carácter discriminatorio, como su trascendencia social (orden público).

Al igual que en la consideración del principio de igualdad como límite de los poderes públicos y, concretamente, de la Ley, serán los valores aceptados y comúnmente imperantes los que sirvan para decidir si el trato desigual está o no está justificado en relación con la naturaleza y función de los negocios y de los actos jurídicos.

Nuestros Tribunales no pueden prestar auxilio alguno a las actuaciones de los particulares que incidan en una violación del orden público constitucional (arts. 6.º 2 y 1.255 del Código Civil) ni de los derechos fundamentales (arts 5.º 1 y 7.º 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello, cuando los Tribunales no cumplan con ese deber de protección, los sujetos lesionados en su derecho a la igualdad por un particular podrán hacer uso del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sorprendente, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 49/1990, de 26 de marzo (148), supone una clara contradicción de la doctrina expuesta en algunos de sus puntos esenciales. En ella se deniega el amparo al recurrente, que alegaba el trato discriminatorio recibido por razón de sexo, en relación con la pensión de viudedad, por aplicación del artículo 51.2 del Reglamento de la Mutualidad de la Enseñanza Primaria, según la cual, si el cónyuge viudo es varón sólo tendrá derecho a pensión de viudedad cuando, además de los requisitos previstos para las mujeres viudas, sufra incapacidad total y permanente para el trabajo y, conjuntamente con tal circunstancia, sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional. La sentencia cita expresamente todas aquellas sentencias del propio Tribunal Constitucional que han otorgado amparo a los recurrentes en supuestos similares de trato discriminatorio para el hombre frente a la mujer en pensiones de viudedad. No obstante, considera que este caso no puede decidirse por el mismo criterio, ya que la discriminación no existe cuando —como ocurre en él— se trata de una prestación voluntaria, es decir, pactada libremente y sometida al principio de autonomía privada:

«Efectivamente, a diferencia de aquéllos, la pensión de viudedad era, en la Mutualidad de Enseñanza Primaria, una prestación complementaria asumida de forma voluntaria, no una prestación general u obligatoria, y que, como tal prestación voluntaria, se regía por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, a los que, por su propio carácter voluntario, no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del artículo 14 de la Constitución. Y no es suficiente para invalidar dicha fundamentación el argumento de que tales prestaciones complementarias ofrecidas por el mutualismo administrativo poseían un carácter sustitutorio de la Seguridad Social, puesto que tal circunstancia no equipara el régimen de la citada Mutualidad a los regímenes obligatorios de Seguridad Social, como el Régimen General o los contemplados en las sentencias antes mencionadas (SOVI, MUNPAL)».

Como ya he apuntado, se trata de una posición manifiestamente contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal y con la que se ha venido a exponer en la segunda parte de este apartado, sin que se llegue a justificar semejante cambio. Por otra parte, la sentencia trata de reforzar la desestimación del recurso con dos argumentos complementarios que me parecen también criticables y que contradicen también la doctrina anterior del Tribunal: la no aplicación retroactiva de la Constitución (hay que tener en cuenta que el fallecimiento origen de la reclamación de pensión de viudedad se produjo

a finales de 1981) y el equilibrio de las prestaciones en un sistema mutualista (lo que obviamente se puede alegar en todo sistema mutualista, sea o no voluntario) (149).

(149) «Por otra parte, la proclamación del principio de igualdad por el artículo 14 de la Constitución, no comporta siempre su aplicación incondicionada a todo supuesto imaginable en que pueda plantearse cualquier discriminación, pues no hay que olvidar que, por una parte, puede y debe exigir un desarrollo paulatino para que sea eficaz la verdadera y efectiva equiparación que se pretende alcanzar. Equiparación que nada tiene que ver con la que se postula en el presente recurso de amparo, ya que no puede pretenderse que la Constitución alcance efecto retroactivo, no en cuanto proclama un principio al que tendencialmente, desde su promulgación, han de adaptarse, tanto que, como consecuencia de ello, se trastorne el «equilibrio de las prestaciones» en que se basa el reconocimiento reglamentario de las condiciones de la prestación de viudedad, en un sistema mutualista contractual surgido con anterioridad a la Constitución; condiciones que el recurrente de amparo pretende alterar por la simple alegación de que el mantenimiento de aquéllas —en los términos del art. 51.2 del Reglamento citado— vulnera el artículo 14 de la propia Constitución».

La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas

Por SILVIA DIAZ ALABART

Catedrática de Derecho civil

SUMARIO: I. Preámbulo.—II. Daños resarcibles a tenor del R.D. 1988. 1. Daños a las personas. 2. Daños a las cosas.—III. Titulares del derecho de resarcimiento. 1. Lesiones. 2. Muerte. A) Cónyuge e hijos. B) Otros posibles legitimados. C) Otras personas.—IV. Quiénes han de causar los daños para que éstos sean indemnizables según las normas especiales.—V. Personas cuyas lesiones o muerte pueden hacer nacer la acción de resarcimiento.—VI. Montante de la indemnización. 1. Cantidades a percibir. A) El cónyuge no separado legalmente. B) Hijos. C) Progenitor no cónyuge. D) Ascendientes. E) Hermanos. F) Supuesto excepcional. 2. Gastos resarcibles. A) Alcance de los gastos resarcibles. B) Carencia de cualquier sistema de previsión que cubra los daños.—VII. Plazo de la acción para reclamar la indemnización.—VIII. Disposición transitoria.—IX. Compatibilidad del resarcimiento estatal extraordinario con otros.—X. Naturaleza de las normas sobre responsabilidad estatal por actos terroristas o de bandas armadas.

I. PREAMBULO

La regulación de las indemnizaciones estatales a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas es, desgraciadamente, un tema de actualidad. En nuestros días se suceden los atentados terroristas y, consiguientemente, las personas que sufren importantes daños causados por ellos. En la mayor parte de los casos, por unas razones o por otras (1), no se llega a obtener su indemnización de quienes los causaron. Para la conciencia social resulta absolutamente inadmi-

(1) En muchas ocasiones no es posible siquiera determinar qué personas concretamente fueron los responsables del atentado; otras veces, aunque existen indicios de quiénes fueron, no es posible apresarlos; y, por fin, otras veces, aunque se les condene, su condición de insolventes deja a los perjudicados sin indemnizar.

sible que no exista un sentimiento común de solidaridad ante esas víctimas. La respuesta es el compromiso del Estado de resarcir de alguna manera, al menos, los perjuicios más graves, los que afectan directamente a las personas.

No puede decirse que la solución adoptada en nuestro país sea la perfecta. Entre sus carencias más importantes se puede señalar el monto de las indemnizaciones previstas. En la mayor parte de las ocasiones éstas resultan totalmente insuficientes si tomamos en cuenta la gravedad de los daños causados (2). A esa insuficiencia hay que añadir el que la exclusión de determinados sujetos de los hipotéticos beneficiarios de esas indemnizaciones carece frecuentemente de justificación suficiente. Así, con un criterio excesivamente restrictivo, para el que no se dan razones objetivas, se excluyen de los posibles beneficiarios del resarcimiento en caso de muerte, tanto a ascendientes como descendientes si no lo son en primer grado (3). En cambio, en algunos supuestos se incluyen entre los beneficiarios a los hermanos. En el mismo sentido, parece deseable incluir entre los posibles beneficiarios a la pareja de hecho de la víctima, y no sólo en el supuesto que contempla el Real Decreto actualmente en vigor, de que tenga hijos comunes con el fallecido, y éstos se encuentren bajo su guarda. Otra insuficiencia de la regulación vigente es que se excluyan absolutamente como daños indemnizables los causados en las cosas. Aunque indiscutiblemente tienen menos gravedad que los que afectan a las personas, en algunos casos también pueden resultar dramáticos.

La primera norma que se ocupó de este asunto fue el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto (3 bis), después, el Real Decreto 3 de 26 de enero de 1979, sobre Vigilancia y Seguridad. Protección de la seguridad ciudadana (4). Su artículo 7.º decía: «Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto-Ley (5). —El go-

(2) Sobre todo, si consideramos el enorme gasto que produce un Estado moderno en general, es cuando resulta más preocupante que se sea tan restrictivo en temas como éste, de carácter social.

(3) Pocos casos se darán en los que un abuelo viva y dependa de su nieto, y lo mismo al contrario; pero tampoco es algo que no pueda darse en la vida real. y si se da, el excluirlos de estos beneficios es muy duro.

(3 bis) El Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto, en su art. 21 habla ya de indemnizaciones estatales por actos terroristas, pero con menor amplitud que las normas posteriores pues se limita a los daños «...que se causaren a las personas con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión de los hechos delictivos a que se refiere este Decreto-Ley (los terroristas).

(4) En el preámbulo del Real Decreto se especifica que con el mismo se pretende por la sociedad y los poderes públicos, en su afán de conservar el Estado de derecho y los bienes jurídicos esenciales, dar una respuesta al terrorismo y a otras formas de delincuencia, que «por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho».

(5) «Todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armados y sus conexos». Artículo 3,1, Real Decreto 3/79 de 26 de enero.

bierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización». Posteriormente este precepto fue desarrollado por el Real Decreto 484-82, de 5 de marzo. La aparición de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que se ocupaba de una serie de actividades delictivas, entre ellas las terroristas, determinó la entrada en vigor de un nuevo Real Decreto, el 336/86 de 24 de enero, que derogaba el anterior de 1982. Derogada a su vez la Ley Orgánica que acabo de mencionar, y dando cumplimiento al mandato establecido en el artículo 64, 1 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que habilita al Gobierno para establecer mediante normas de desarrollo el alcance y condiciones del resarcimiento que a cargo del Estado se prevé, por los daños corporales causados como consecuencia de actividades delictivas, cometidas por bandas armadas o elementos terroristas, se dicta el Real Decreto 1.311/88 de 28 de octubre, actualmente en vigor (5 bis).

(5 bis) Ya en periodo de corrección de pruebas de este trabajo, el grupo parlamentario del PSOE ha introducido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 una enmienda al artículo 64 de la Ley 30/1987, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Ese artículo 64 fue el germen que se desarrolló posteriormente en el vigente Real Decreto 1.311/1988 de 28 de octubre, hoy en vigor.

La nueva redacción propuesta del repetido art. 64 supone introducir una serie de novedades. 1.º En cuanto al montante de las indemnizaciones a percibir: Para el supuesto de lesiones que produzcan Incapacidad Laboral Transitoria (en el R.D. del 88 existía un reenvío a la cantidad que para tal tipo de lesiones establecieran las normas de Seguridad Social), la cantidad a percibir será equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional vigente, durante el tiempo en que el lesionado se encuentre en tal situación. Para los demás supuestos de lesiones y muerte también se establecen unos baremos mínimos, que curiosamente son más bajos que los que para idénticos casos fijó el R.D. de 1988. Así por ejemplo, para los supuestos de muerte la propuesta de un mínimo de 50 mensualidades de salario mínimo, frente a las 107 mensualidades que fija el R.D. mencionado en su artículo 3.º-1c).

Otra de las propuestas que no constituye novedad alguna, es la declaración de compatibilidad absoluta con cualquier otro tipo de resarcimientos a que tuviera derecho la víctima o sus derechohabientes (lo que ya estaba fijado en el R.D. 88, art. 1.º, 2).

En cambio sí resulta interesante el establecimiento de una pensión extraordinaria en el sistema de previsión que corresponda, en favor de la víctima o sus familiares, para los casos de víctimas que resulten incapacitadas permanentemente o fallezcan (esto podría explicar de alguna manera la menor cuantía de las cantidades entregadas de una sola vez, pero no del todo, ya que no a todos los supuestos de lesiones correspondería esta pensión extraordinaria). Igualmente supone un avance la posibilidad de que con carácter provisional y atendidas las circunstancias durante la tramitación de los expedientes se puedan conceder cantidades a cuenta. Por último, señalar que para la calificación de las lesiones se precisará el dictamen médico de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades del Instituto Nacional de la Salud y Organo equivalente a los Servicios Sanitarios de las Comunidades Autónomas.

A continuación incluyo el texto completo de la redacción propuesta para el repetido artículo 64:

Artículo 64. Prestaciones extraordinarias por actos de terrorismo.

Uno. Serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que desarrollen este precepto.

Las normas de desarrollo a que se refiere el número anterior habrán de ajustarse a los criterios siguientes:

Esta responsabilidad del Estado y su regulación ha sido poco estudiada. Quizá su naturaleza híbrida y especialísima es la causa de que ni civilistas ni administrativistas le hayan dedicado la atención que merece (5 ter).

1.º De producirse situación de Incapacidad Laboral Transitoria, la cantidad a percibir será equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el lesionado se encuentre en tal situación.

2.º De producirse lesiones, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo y no invalidante, la cantidad a percibir será la determinada en el baremo que se establezca en las disposiciones de desarrollo del presente artículo.

3.º De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir no podrá ser inferior a catorce mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

4.º En los casos de muerte, la indemnización no podrá ser inferior a cincuenta mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

5.º La determinación de las indemnizaciones a que se refieren los números 3.º y 4.º anteriores, se hará teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima y, en su caso, el grado de invalidez producido y estarán sujetas al límite máximo que reglamentariamente se determine.

6.º Las indemnizaciones a que se refieren los apartados anteriores serán compatibles con cualesquiera otras a que tuvieran derecho la víctima o sus derechohabientes.

Dos. Serán asimismo indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a personas no responsables, como consecuencia o con ocasión del esclarecimiento o represión de las acciones a que se refiere la presente disposición, previa la valoración y certificación acreditativa de los mismos.

Tres. Con carácter provisional y atendidas las circunstancias concurrentes, durante la tramitación de los expedientes se podrán conceder, en las condiciones que reglamentariamente se determinen cantidades a cuenta de las que definitivamente correspondan a los beneficiarios, de acuerdo con los criterios anteriormente establecidos.

Cuatro. Toda persona que resulte incapacitada permanentemente para el trabajo o servicio, o fallezca como consecuencia de actos de terrorismo, causará pensión extraordinaria en el sistema de previsión que corresponda, en su propia favor o en el de sus familiares, en la cuantía y condiciones que reglamentariamente se determinen, pensión que no estará sujeta a los límites de señalamiento inicial y de la revalorización de pensiones establecidas en esta Ley.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación al personal que ya estuviera en situación de jubilado o retirado fuera pensionista de invalidez y se inutilizara o falleciera como consecuencia de actos terroristas

Cinco. Para la calificación de las lesiones será necesario, en todo caso, el dictamen médico de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades del Instituto Nacional de la Salud y Organo equivalente de los Servicios Sanitarios de las Comunidades Autónomas.

(5 ter) Existe un interesante artículo de Martín Granizo, publicado en ADC, 1980, págs. 865 y ss.: «La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados (Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero)». Sin embargo, la promulgación de los nuevos decretos-leyes hace que tenga escasa utilidad referirse hoy a este trabajo, pues la mayor parte de los puntos que en el momento de su redacción eran conflictivos o dudosos actualmente han sido resueltos por la legislación vigente sobre el tema. Citaré, de cualquier modo, el estudio en cuestión de los extremos que parezca aconsejable. También haré alguna referencia al trabajo de L. Martín-Retortillo. «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», publicado en 1988, en el núm. 19 de la Revista Vasca la Administración Pública, pero serán muy limitadas especialmente porque el artículo mencionado se redactó estando en vigor el R.D.336/1986 de 24 de enero.

II. DAÑOS RESARCIBLES A TENOR DEL REAL DECRETO DE 1988

1. Daños a las personas

En el artículo 1.º, 1 (6) se contempla únicamente el resarcimiento por «los daños corporales». Probablemente hubiera sido más correcta otra redacción, pues la mencionada puede hacer pensar que su ámbito de aplicación se limita a los daños de carácter físico sufridos por las personas; idea que se vería reforzada por lo que dice el mismo artículo 1.º, 3: «Quedan fuera de la protección establecida por este Real Decreto *cualesquiera otros daños y perjuicios producidos en las personas...*». Parecería por ello más correcto hablar de *daños a las personas*. «Daños corporales» debe pues interpretarse en un sentido amplio. Estos no son desde luego solamente los que tengan carácter físico, sino también, los de tipo psíquico (7), ya sean meramente temporales o definitivos (8): así, neurosis, fobias o desequilibrios emocionales. En nuestros días no sólo para la medicina, sino incluso para la conciencia social esos daños son tan graves y dolorosos como lo podría ser una lesión de carácter físico. Además, de hecho, es habitual que las dolencias psíquicas produzcan disfunciones físicas. Por supuesto que en el campo de la responsabilidad extracontractual en sentido estricto (9) se indemnizan tanto unos como otros daños personales. Por otra parte, el Real Decreto explícita en su Preámbulo que su fin es «que los poderes públicos palién, en los casos más graves, las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas». Tan graves son las lesiones corporales como las psíquicas.

A esta interpretación podría oponerse —como ya se ha señalado— la exclusión que hace el artículo 1.º, 3 de los beneficios de Real Decreto a «*cualesquiera otros daños y perjuicios producidos en las personas...*». Yo creo que se trata en realidad de excluir los daños morales (10).

(6) En los Reales Decretos de 5 de marzo de 1982 y de 24 de enero de 1986 se mencionaban también sólo los daños «corporales».

(7) Vid., la STS (Sala 5.ª) de 27-XII-88. En el tercer considerando, cuando se detallan las lesiones sufridas por la víctima (un niño), se mencionan, «problemas psicológicos por el siniestro» (el siniestro consistió en gravísimas lesiones por el estallido de una bomba metida en una mochila al golpearla el niño con el pie).

(8) Igual que ocurre con las lesiones físicas.

(9) Puede discutirse la naturaleza de estos Decretos, pero lo que parece indudable es que se trata de un híbrido, más o menos cercano a las normas de seguridad social, por un lado, y a las que se ocupan de la responsabilidad civil extracontractual, por otro lado, v. Apartado X de ese mismo trabajo.

(10) Este tipo de daños, en cambio, se resarcen en la responsabilidad extracontractual, que se rige por sus normas generales, incluso cuando derivan del daño causado a las cosas. Así ocurrió en el caso contemplado en la STS de 16 de diciembre de

Los daños que el Decreto considera resarcibles son pues los causados a las personas, ya sean de carácter físico o psíquico, pero con exclusión de los meros sufrimientos morales. Únicamente parecen haber sido tomados en cuenta tácitamente dichos daños morales en el artículo 2,2.º, c, último párrafo. Cuando excepcionalmente, en el caso de muerte de los progenitores y de algún hijo común de ambos, queden supervivientes otros hijos comunes, puesto que estos últimos tendrán derecho a resarcimiento sin necesidad de que exista convivencia o dependencia económica. En los demás casos es precisa la dependencia económica o al menos la convivencia, que frecuentemente implica una ayuda en la economía familiar.

2. *Daños en las cosas*

El artículo 1,1.º del Decreto especifica que «Quedan fuera de la protección establecida por este Real Decreto cualesquiera otros daños y perjuicios producidos en las personas, *cosas o bienes* cuyo resarcimiento en su caso, se regulará por las normas que les sean de aplicación» (11). Queda radicalmente excluido el resarcimiento de ese tipo de perjuicios sobre cosas o bienes. Son varias las sentencias en las que se contemplan casos en los que la acción terrorista ha causado

1986. Por no realizar el arrendador las reparaciones pertinentes, se desploma el techo de una vivienda dejando en la calle a la familia que la habitaba. A la hora de fijar la cuantía de la indemnización el Tribunal Supremo tomó en cuenta no sólo los perjuicios materiales sufridos, sino también el daño moral que había padecido la familia por el hecho de encontrarse sin hogar, con la circunstancia de que el padre se encontraba enfermo.

(11) La STS (Sala 4.ª) de 18 de diciembre de 1984, en la que, junto a daños corporales sufridos por la víctima, se reclamaban, otros producidos en su patrimonio (unos autobuses de propiedad de la víctima que resultaron destruidos en el atentado), al denegar indemnización alguna por estos segundos, señala que «El precepto delimita claramente el ámbito de aplicación al decir que los daños indemnizables serán los que se causaren a las personas, y en este sentido tanto el Consejo de Estado al informar, como la Administración al resolver no han dudado en entender que los supuestos contemplados se refieren a la persona como sujeto pasivo y los daños, por tanto, son o deben ser consecuencia de la agresión sufrida (muerte o lesiones). Si esto es así resulta indudable que la reclamación deducida por daños sufridos en vehículos de motor de su propiedad no son subsumibles en los supuestos de hecho que la norma contempla, dado que el precepto legal delimita el ámbito objetivo (que tipo de daños son indemnizables por el Estado) de la responsabilidad, remitiendo en base de una remisión normativa singularizada la competencia al Gobierno para que determine el alcance y condiciones de dicha indemnización. Y aunque indudablemente la técnica empleada es bastante defectuosa, no hay duda de que la norma contiene una regulación sustantiva, limitándose la remisión a los temas de los requisitos o circunstancias a valorar, así como el alcance o importe de las indemnizaciones, por lo que no puede ignorarse la atribución que al Gobierno otorga, pero sin que ésta pueda desnaturalizar el sentido que cabe deducir del mandato legal, ya que como es sabido el desarrollo debe comprender todo lo indispensable para asegurar una correcta aplicación, o lo que es lo mismo, establecer las reglas precisas para la explicitación, aclaración o puesta en práctica de los preceptos de la ley, pero no introducir mandatos nuevos y menos restrictivos de los contenidos en el texto legal».

daños de importancia en los bienes, y los particulares han tratado infructuosamente de obtener del Estado algún tipo de indemnización para ellos: STS (Sala 4.^a) de 18 de diciembre de 1984, 15 de noviembre de 1985 y 3 de junio de 1985. No se trata, evidentemente, de que los daños causados en los bienes no sean resarcibles, sino que para ello es preciso que se den los requisitos exigidos por las normas generales de responsabilidad, al margen del Real Decreto, cuyo ámbito de aplicación no los cubre.

También responde el Estado de los daños causados en las cosas por actos terroristas, pero solamente cuando, tal como determina el artículo 40 de la LRJAE, los perjuicios causados lo fueran por el funcionamiento normal o anormal de los servicios del Estado. Semejante requisito puede darse evidentemente a la vez que una actuación terrorista. Así ocurre frecuentemente cuando los daños hayan sido causados por las propias fuerzas del orden al reprimir o prevenir actuaciones terroristas (art. 8,3 de la Ley Orgánica 1 de diciembre 80).

Una última posibilidad de indemnización por el Estado de daños materiales causados por terroristas sería la contemplada en la Ley 52/1984 de 26 de diciembre, sobre protección de medios de transporte que se hallen en territorio nacional realizando viajes de transporte internacional (11 bis). Las previsiones de esta ley alcanzan (art. 1.º) a los daños y perjuicios, sufridos por medios de transporte extranjeros de mercancías o colectivos de viajeros, sus ocupantes y carga, que se hallen en territorio español realizando viajes de transporte internacional, derivados de acciones violentas realizadas por personas identificadas o no, y en relación con un conflicto existente. En la sentencia de 15 de noviembre de 1985 (Sala 3.^a) se contempla el caso del hundimiento de un barco extranjero en el puerto de Pasajes a consecuencia de una explosión terrorista, que produjo unos daños valorados en algo más de 400 millones de pesetas. No se llegó aquí a aplicar la mencionada Ley 52/84 puesto que únicamente era aplicable a hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1984, y, por tanto, su eficacia no alcanzaba al momento del hundimiento del barco, que se había producido el 9 de marzo de 1983.

III. TITULARES DEL DERECHO DE RESARCIMIENTO

1. Lesiones

Según el artículo 2,1.º Real Decreto, 88, legitimados serán las personas o persona que hubieran padecido las lesiones (12). Lógicamente

(11 bis) Sobre este punto ver L. Martín-Retortillo, *ob. cit.*, pp. 130 a 150.

(12) El término «lesiones», de nuevo, parece más bien pensar sólo en las puramente físicas, aunque insisto en que deben incluirse también las que sean de carácter psíquico.

te, en el supuesto de que, por su edad o circunstancias, carecieren de capacidad para reclamar la indemnización, correspondería hacerlo en su lugar a sus representantes legales. Podría plantearse la duda de si, no reclamando el resarcimiento el interesado, cabría que, de acuerdo con el artículo 1.111 del Código civil, ejercitaran la acción sus acreedores. Aunque la cuestión pueda ser dudosa, me inclino por la opinión negativa (13).

2. Muerte

A) CÓNYUGE E HIJOS

A tenor del mismo artículo 2,2.º, existen varios posibles legitimados. En primer lugar, está el cónyuge no separado legalmente (14). A «sensu contrario», no se excluye al cónyuge que se encuentre separado simplemente de hecho. Así pues no se exige siempre convivencia, que no se dará en un caso de separación de hecho. La ley no hace mención alguna de si existe o no posibilidad de que obtenga un resarcimiento la pareja de hecho (15). A favor de esa posibilidad se podría citar la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1969, que, en un caso de fallecimiento por causas naturales, negó cualquier tipo de indemnización a la mujer legítima de un fallecido (del que llevaba separada de hecho más de 20 años y legalmente más de 16), concediéndola en cambio a la mujer que vivía con él. Con todo, no me cabe duda de que una petición en base al Decreto 88 realizada por la pareja de hecho del fallecido (sin hijos comunes con la víctima) no tendría posibilidades de éxito.

En segundo lugar, están los hijos de la víctima. De acuerdo con el mandato constitucional (art. 39 CE) tienen la posibilidad de resarcimiento «cualquiera que sea su filiación»: es decir, tanto la matrimonial como la no matrimonial; también la adoptiva. En cuanto a los simplemente acogidos, creo que habría que estimar que no tienen derecho, pues la relación que se establece entre las personas que acogen y el acogido es cualitativamente distinta. Estarán pues legitimados todos los hijos menores. ¿Significará eso que están excluidos los emancipados y los menores de vida independiente? Creo que la norma trata de proteger a los hijos que dependen de sus padres. Por eso, para

(13) Sobre el alcance del artículo 1.111, véase LACRUZ BERDEJO, *Estudios de Derecho civil*, 1958, pp. 201 y ss.; y, más recientemente, ALBADALEJO, *Comentario al artículo 1.111 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XV, vol. 1.ª, Madrid, 1989, pp. 963 y ss.

(14) Siempre en la fecha de fallecimiento de la víctima.

(15) De alguna forma conexo con este tema, aunque sea muy indirectamente, *vid.*, el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, *¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho civil de Cataluña?*, publicado con los materiales de las II Jornades de Derecho catalán en Tossa, 1984, pp. 151 y ss.

que estén legitimados los hijos mayores de edad exige que exista esa dependencia. Para los menores no lo menciona; pero parece claro que puede ser porque lo normal es que todos ellos dependan económicamente de sus progenitores. Por tanto, si se demostrara que no dependen económicamente de ellos (así, menor emancipado por matrimonio, que vive por su cuenta) no les debería corresponder indemnización. El daño moral —que afectaría por igual a todos los hijos independientemente de su edad— no es tomado en consideración por el Decreto, como ya he señalado.

Si se trata de hijos mayores de edad, su posible legitimación se halla condicionada a que estén legalmente incapacitados (16) o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento (17). En cuanto a los incapacitados legalmente no se plantea problema. En cambio, la expresión «que sean notoriamente incapaces de procurar su sustento», me parece algo ambigua. Tan notoriamente incapaces de alimentarse son los que por sus circunstancias no pueden hacerlo, como los que, por su causa, carecen de oficio y beneficio. Lo más razonable sería poner este tema en conexión con los artículos que el Código civil dedica a los alimentos. En el artículo 142 del Código civil se concreta que la educación e instrucción del alimentista mayor de edad solamente se le debe, cuando «no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». En el artículo 143 del Código civil el último párrafo señala que los alimentos entre hermanos sólo se deben cuando la necesidad de los mismos no procede de causa imputable al alimentista. Entender así la norma del Decreto es lo más lógico, pues de este modo no se favorecen conductas negativas (quien no quiere trabajar) y, sin embargo, se ofrece cobertura a quien, debiendo estar incapacitado, no llegó o, sencillamente, a quien, sin culpa por su parte, no está en condiciones de valerse por sí mismo, aunque sea mayor de edad.

En tercer lugar (art. 2,2.^a, a)) está legitimado «el progenitor superviviente, si lo hubiere, de algún hijo del difunto con derecho a resarcimiento, siempre que lo tuviera bajo su custodia». El dato de mencionar la necesidad de que estén bajo su guarda debe referirse no sólo a hijos menores, o mayores legalmente incapacitados, sino también, a aquéllos notoriamente incapaces de procurar su sustento. Otra interpretación atentaría contra la equidad. Este es el único caso en el que el Decreto toma en cuenta directamente la persona no casada para darle opción a recibir un resarcimiento, si bien con el requisito de que tenga bajo su «guarda algún hijo del fallecido».

En el mismo precepto se explica cómo se distribuye la indemniza-

(16) Entiendo que también se incluirá a aquéllos que en el momento de la muerte de su progenitor estén en trámite para que así se les declare. Siempre y cuando la sentencia se pronuncie en sentido afirmativo.

(17) La misma expresión se utilizó en el Real Decreto de 1982 y en el de 1986.

ción cuando concurren cónyuge, progenitor superviviente e hijos de ambos. En ese caso el resarcimiento que corresponda se repartirá por mitades: una para el cónyuge superviviente no separado legalmente, para él sólo; la otra se repartirá por partes iguales entre los hijos de la víctima, participando su respectivo progenitor, sea cónyuge o no, en el 50 % de la cantidad percibida por cada hijo.

Es de señalar que —como ya he dicho— entre los posibles legitimados no se mencionan a los descendientes de grado ulterior, y ello es criticable.

B) OTROS POSIBLES LEGITIMADOS

Hay otras personas legitimadas, pero sólo lo estarán en defecto de las anteriores personas o no concurriendo en ellas los requisitos exigidos:

a) *Los ascendientes de la víctima*. No se legitima a todos los ascendientes, sino únicamente a aquéllos que lo fueran en primer grado. Si la norma lo que pretende es solventar (o paliar al menos) situaciones de desamparo no se comprende por qué esa limitación de los ascendientes sólo al primer grado como ya he apuntado. Utilizando de nuevo la normativa de alimentos, se observa en el artículo 143 del Código civil que entre los acreedores de alimentos amplios están los ascendientes (sin limitación de grado); en cambio, los hermanos solamente tienen derecho a alimentos estrictos. Lo que nos da idea de que en general para el Derecho el parentesco es más fuerte entre ascendientes que entre colaterales. Pues bien, el Real Decreto legitima a los hermanos y no a los ascendientes si éstos no son de primer grado.

En el Real Decreto se habla de ascendientes de primer grado, sin pedir más requisitos para que puedan solicitar el resarcimiento. En el Real Decreto de 1986 la norma tiene idéntica redacción. En el Decreto del 82 también se menciona sólo a los ascendientes en primer grado, siempre que a la fecha del fallecimiento vivan a expensas de la víctima. ¿Se ha eliminado realmente el requisito de que vivan a expensas de la víctima? Parece que no. Puesto que a los hijos mayores de edad no se les concede indemnización salvo que dependan (y no por su culpa) del fallecido, parece lógico que se exija lo mismo para los ascendientes en primer grado.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la de 22 de febrero del 88 (18), contempla un caso en el que el padre solicita el resarcimiento por el fallecimiento de su hija causado por un atentado terrorista. El Tribunal Supremo (Sala 5.^a) se lo deniega porque no se llegó

(18) En este caso la norma aplicable era la del Real Decreto de 1982, artículo 3.º, en la que explícitamente se exigía el requisito de vivir a expensas del hijo.

a probar que vivía a expensas de la víctima. El padre era pensionista, sin que constara qué cantidad cobraba en concepto de tal, y, la hija le enviaba regularmente cantidades de dinero para su subsistencia, circunstancia, esta última, que tampoco pudo probar. No se llegaron a aportar datos bastantes para conocer el trabajo que la hija realizaba en el País Vasco, ni los ingresos concretos que de él obtenía. «En resumen —se dice en el 2.º F de Derecho— no existen bases sobre las que se pueda presumir que don X, vivió parcial o completamente, constante o transitoriamente a expensas de su hija.» De aquí puede colegirse que vivir a expensas de un hijo no significa necesariamente, para el Tribunal Supremo, que los padres tengan que carecer de cualquier tipo de ingreso o de cualquier bien: tener una pequeña pensión o algún bien no implica que la ayuda del hijo deje de ser fundamental para la economía del padre. También se entiende que existe dependencia económica aunque esa situación no sea constante sino transitoria (con tal de que se de al tiempo tal fallecimiento).

Por supuesto que la norma se refiere a cualquier tipo de padre, ya sea natural o adoptivo.

b) *Hermanos*. Esta inclusión entre los posibles titulares de los hermanos del fallecido, siempre y cuando conviviesen y dependiesen económicamente de éste, y no tuvieran medios suficientes de subsistencia, es una de las novedades del Real Decreto de 1988. Solamente podrán tener acción para reclamar el resarcimiento en defecto de las personas que he enumerado. Como el precepto (art. 2,2.º, c)) no especifica tipo de hermanos, todos ellos quedan incluidos: de doble vínculo sencillo, y también los que sean adoptivos.

Se menciona el requisito de la dependencia económica. Hay que entender que la dependencia no se debe producir por culpa del hermano (si es que se trata de hermanos mayores de edad, puesto que si son menores o incapacitados eso se daría por supuesto). Creo que el hecho de que se exija que dependan económicamente y, además, que no tengan medios suficientes de subsistencia, quiere significar que, aunque tengan algunos ingresos o bienes, eso no será obstáculo para poder percibir el resarcimiento del Estado, siempre que aquéllos no constituyan «medios suficientes de subsistencia».

Otro de los requisitos es la convivencia. Creo que sería aconsejable no darle a esta palabra un sentido demasiado estricto. Así se podría entender que hay convivencia en algunos casos, aunque los hermanos de la víctima no vivan continuamente en el mismo domicilio que él (19).

Por último, aunque el artículo no lo diga, parece lo más razonable que, si concurren varios hermanos de la víctima, el resarcimiento que les corresponda sea a partes iguales.

(19) Piénsese en hermano de la víctima menor de edad, que durante los períodos lectivos se encuentra interno en un colegio, pasando las vacaciones con su hermano mayor.

Dentro del supuesto de los hermanos, y también como novedad, aparece la posibilidad excepcional, para el caso de muerte de progenitores y de algún hijo común de ambos (obsérvese que aquí no se dice que hayan de ser matrimonio, basta la condición de progenitores), quedando supérstites otros hijos comunes (o un solo hijo común), de que éstos estén legitimados para recibir el resarcimiento por la muerte de sus familiares. Aquí no hay necesidad de que concurren ni la convivencia ni la dependencia económica prevista en el párrafo anterior (dice el art. 2.º *in fine*). En este supuesto quiebra el principio que se mantiene con carácter general en el Decreto. Aquí no se trata sólo de indemnizar la pérdida de la persona que sostenía económicamente a unos y otros familiares. Quizá la magnitud de la tragedia contemplada en este supuesto es lo que ha movido al legislador a indemnizar el daño moral. No parece que suscite problema el que los hijos (tanto los fallecidos como los hermanos sobrevivientes) sean naturales o adoptivos, pues los progenitores (suponemos que adoptaron ambos) tan comunes son a unos como a otros. No debería limitarse esta regla excepcional a los hijos comunes si se da el requisito de la convivencia.

C) OTRAS PERSONAS

La norma es tajante, y parece fuera de toda duda que otros parientes o los simples herederos de la víctima carecerán de acción para pedir ese resarcimiento. La sentencia de 16 de noviembre de 1983 puede ser ilustrativa al respecto. Un matrimonio sin hijos fallece a consecuencia del atentado terrorista que se perpetró en la cafetería California 47. Las herederas testamentarias del matrimonio, colaterales en tercer grado, pretenden tener derecho a la indemnización. Basan tal pretensión no en el Real Decreto de 1982 (20) —que al igual que los que le han seguido son muy claros en cuanto a que no hay derecho a resarcimiento para otras personas que no sean las que en ellos mencionan—, ya que alegan que tal norma no les es aplicable porque el Real Decreto era posterior a los hechos y a la demanda. El Tribunal Supremo deniega su pretensión porque entiende que el Real Decreto no vino en modo alguno a restringir supuestos, así que antes de él no es que hubiesen sido indemnizables otras personas además de las que él establece. Añade que la conducta seguida por el Gobierno, indemnizando a los familiares de un dirigente del GRAPO, muerto por la fuerza pública, no es alegable como argumento, pues se trata de una decisión de carácter político en la que la Sala no puede entrar.

(20) Hay que señalar que en todas las sentencias que he manejado, la única norma aplicable ha sido siempre el Real Decreto de 1982, sin que haya aparecido hasta ahora ninguna en que se haya utilizado el del 86 y menos aún el vigente del 88.

IV. QUIENES HAN DE CAUSAR LOS DAÑOS PARA QUE ESTOS SEAN INDEMNIZABLES SEGUN LAS NORMAS ESPECIALES

Para que los daños ocasionados a las personas sean resarcibles a tenor de las normas especiales objeto de este estudio es preciso que los hayan causado determinadas personas (21). Si nos atenemos a la terminología empleada por las Leyes o Decretos-leyes que de una u otra forma se ocupan del tema, veremos que ésta puede inducir a confusión. Se utilizan distintos términos: grupos o bandas organizados y armados y sus conexos (22), bandas armadas y elementos terroristas (23), bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes (24), etcétera. Tal variedad de expresiones suscita la duda de cuál será su interpretación adecuada; sobre todo, si esas bandas, grupos, o elementos terroristas o rebeldes, son sencillamente diferentes formas de nombrar una misma actividad, la terrorista. En tal caso los perjuicios personales que ésta cause serían los únicos indemnizables a tenor de esta legislación especial. Si no es así, habrá que entender incluidos además los daños del mismo tipo derivados de la actividad de un grupo de delincuentes comunes organizados y armados.

Si para resolver la cuestión lo que tomamos en cuenta principalmente es el sentido literal de las expresiones que acabo de mencionar, difícilmente encontraremos una respuesta clara y satisfactoria. Martínez-Cardós, se ha ocupado de este punto concreto con cierto detenimiento (25). Aunque reconoce que el propósito del legislador fue seguramente referirse sólo a los perjuicios causados por actos terroristas, piensa que la ley incluye algo más que éstos. Después de examinar las palabras utilizadas por Leyes y Decretos, este autor termina opinando que, «aunque la noción amplia de *banda armada* no quiere significar que las secuelas lesivas de todo fenómeno colectivo de criminalidad deban ser asumidas por el Estado, ni incluso en aquellos supuestos en que se haya apreciado en el correspondiente pronuncia-

(21) Es obvio que las personas que realizaron el ilícito penal que causó los daños, los terroristas, responden de cualquier tipo de perjuicios ocasionados, tanto a las personas, corporales o morales, como a las cosas. También serán responsables por el total del monto de los perjuicios, sin que exista ningún tope para ello (art. 19 Cp). Ahora bien, podría surgir la duda de si después de haber recibido la víctima la indemnización especial, los terroristas llegan a ser condenados siendo solventes, con lo que deberán pagar todos los daños que ocasionaron, tendría o no el Estado acción para reclamar la devolución de la cantidad entregada en concepto de resarcimiento. La respuesta no es segura, pero yo me inclinaria por entender que no, pues el propio Real Decreto establece la compatibilidad de la indemnización con cualesquiera otras.

(22) Real Decreto de 26 de enero de 1979. Sobre Vigilancia y seguridad. Protección de la seguridad ciudadana, y también Real Decreto 5 de marzo 1982.

(23) Real Decreto de 24 de enero de 1986 y Real Decreto de 28 de octubre de 1988.

(24) Ley Orgánica, 26 de diciembre de 1984.

(25) *La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas* en Rev. Esp. de D. Administ. Octubre-diciembre, 1985, pp. 573 a 576.

miento penal la concurrencia de la circunstancia de *ejecutar el hecho en cuadrilla*», «si los copartícipes, genéricamente, o si la cuadrilla de forma específica, actuaran de manera reiterada en la comisión de delitos, se podrá aplicar a las víctimas de sus acciones los efectos beneficiosos de la Ley Orgánica 9/1984» (26).

Independientemente de esa variedad de expresiones utilizadas por las normas, el espíritu que encierran todas ellas es únicamente el atender y enjugar, al menos en parte, los daños causados por actividades terroristas. Entendiendo como tales terroristas, los grupos (es decir, se precisa pluralidad de miembros), organizados y armados, que perpetrar actos de carácter delictivo, con el propósito deliberado de desestabilizar el orden político y social legítimamente establecido. La actuación de este tipo de grupos, y no de otras bandas armadas, fue la razón de la creación de normas para regular el resarcimiento estatal (27). En nuestro país no es un fenómeno habitual la existencia de bandas armadas y organizadas de delincuentes comunes que traten de desestabilizar las bases sociales y políticas (28). Pueden existir bandas o grupos organizados de delincuentes comunes, pero sus fines no son los mismos, sino el ánimo de lucrarse ilícitamente. Por ello sus objetivos no suelen ser las personas, sino los bienes. Por otro lado, hay que tener en cuenta que en la mayor parte de las ocasiones es fácil determinar si una actividad delictiva tiene o no el carácter de atentado terrorista (29).

De hecho, todas las sentencias que conozco sobre el tema (aproximadamente unas veinte) se refieren a terrorismo; ni una sola a otro tipo de delincuentes organizados y armados. Ni siquiera la terminología múltiple resulta un problema para esta interpretación, puesto que en nuestro país es frecuente la identificación de banda armada o grupo armado con banda o grupo terrorista (así, en el caso de la ETA o del GRAPO). Por último, el examen de las normas que se han ido promulgando sobre esta materia, independientemente de las palabras empleadas, lleva a entender que efectivamente se refieren a terrorismo en exclusiva (30).

(26) *Ob. cit.*, pág. cit., 576. Téngase en cuenta que en la actualidad la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 está derogada.

(27) Así se especifica en el Decreto-ley de 26 de enero de 1979, que es la primera norma sobre esta cuestión.

(28) Lo que se trata es de apropiarse de lo ajeno, aunque para ello haya que actuar con violencia en las cosas o en las personas.

(29) En ocasiones puede dificultar el asunto el que se trate de un grupo terrorista poco conocido, como ocurrió en el caso de la sentencia de 27 de mayo del 88, en la que al parecer los autores del crimen eran los miembros del «Frente Revolucionario Antifascista Vasco-Aragónés». En ese caso no se concedió el resarcimiento legal a la demandante por haber transcurrido el plazo para solicitarlo.

(30) Así en la Ley Orgánica del 84, su capítulo IV, que contiene los preceptos que se ocupan de la indemnización del Estado, se titula: «Indemnizaciones derivadas de hechos terroristas»; y, si bien es claro que los títulos y divisiones de las normas no tienen el carácter vinculante de aquéllas, no es menos cierto que si son útiles a efectos de interpretación.

Este criterio tiene además la ventaja de la claridad y seguridad, puesto que incluir las bandas de delincuentes comunes supone dificultades interpretativas importantes: por ejemplo, determinar cuándo existe una banda, no en un sentido meramente gregario, sino organizada, cuántos miembros tienen que formar al menos una banda, si se entiende que es precisa una reiteración en esas actividades delictivas; cuál es la reiteración mínima admisible, cómo se puede probar o presumir al menos con ciertas garantías que los responsables de un hecho delictivo han sido los miembros de una banda en el sentido ahora empleado y no un solo delincuente o varios sin organizar.

En cambio, es algo no discutido el que pueden verse favorecidas por las medidas protectoras previstas en el Decreto Ley vigente las víctimas de la actuación de un delincuente que cometió su crimen individualmente, sin la colaboración de otros, cuando se acredite o presuma plausiblemente su condición de miembro de organización terrorista y que actuó como tal (31).

En la mayor parte de los casos la determinación de la autoría de uno de esos atentados deriva de los indicios y métodos que corresponden a cada una de las organizaciones criminales existentes; en otras ocasiones es la propia organización la que reconoce públicamente la autoría del daño. El que se consideren estos datos suficientes o no para determinar esa autoría y, por tanto, para acogerse a esta legislación especial, es algo que depende de la opinión de la autoridad administrativa en primer lugar, y, posteriormente, de la del Juez. Aunque, como es lógico, los interesados puedan aportar todas las pruebas que consideren pertinentes, la valoración final de las mismas corresponde a los Tribunales (31 bis).

V. PERSONAS CUYAS LESIONES O MUERTE PUEDEN HACER NACER LA ACCION DE RESARCIMIENTO

El artículo 1.º.1, señala que los daños resarcibles por el Estado son los corporales «causados a personas ajenas al delito como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas». Esta regla incluye pues dentro

(31) En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ-CARDÓS. *ob. cit.*, loc. cit.

(31 bis) Recientemente el Consejo de Estado ha dictaminado que el incendio del hotel «Corona de Aragón» de Zaragoza (12 julio de 1979), en el que murieron 76 personas y 112 resultaron heridas fue un atentado terrorista. A tal conclusión ha llegado tras determinarse por los informes técnicos sobre el siniestro que el incendio se originó por un elemento extraño (pirogal o nápaln) que se introdujo en el hotel conscientemente por personas extrañas. De acuerdo con estos datos el Consejo de Estado ha considerado que si bien no puede existir certeza absoluta de estos extremos, sí existe la bastante para poder estimar la reclamación de la indemnización estatal extraordinaria por parte de las personas afectadas.

de los que pueden obtener un resarcimiento tanto a los meros particulares que sufran los daños, como a los agentes de las fuerzas del orden que sufran tales daños con ocasión de la prevención o neutralización de actos terroristas. Como es obvio, la ajeneidad al delito no significa no encontrarse involucrado en él, sino una actuación no ilícita. Por supuesto que quedan fuera de cualquier tipo de indemnización los propios terroristas, y todos aquellos que de alguna manera hayan colaborado con ellos, como cómplices, encubridores, etc. (32). Es claro que todos esos sujetos no son ajenos en absoluto al delito.

No hay ninguna sentencia en la que personas que hayan colaborado a perpetrar el delito hayan intentado obtener indemnización a tenor del Decreto. Sin embargo, citaré aquí la de 24 de mayo de 1988, recaída en un supuesto en el que, en todo caso, lo aplicable habría sido el artículo 40 de la LRJAE.

El demandante pedía, en base a los artículos 106 CE y 40 de la LRJAE que se le abonaran 700.000 pesetas por daños corporales sufridos a consecuencia de la actuación de la Guardia Civil con ocasión de una manifestación no autorizada celebrada en Tafalla.

Tal actuación, a juicio del demandante, no cumplió las medidas reglamentarias y fue desproporcionada. La manifestación no autorizada estaba convocada para pedir la libertad de un vecino de Tafalla relacionado con la actividad de la banda terrorista ETA. A juicio del Tribunal Supremo las razones del demandado no eran dignas de tomarse en cuenta. Se declaró probado que la Guardia Civil había actuado reglamentariamente, tanto en cuanto a la realización de avisos previos como en cuanto al empleo de medios adecuados para disolver la manifestación. La alegación del actor de que él y sus amigos desconocían el hecho de que se iba a celebrar una manifestación —continúa el TS—, es algo difícil de creer en una localidad como Tafalla. También resulta poco verosímil para el Alto Tribunal su versión de los hechos. Según el demandante, los disparos de pelotas de goma fueron efectuados por varios guardias civiles situados al otro lado de la puerta de un bar, por la que en ese momento salía él con sus amigos. Así, teniendo en cuenta además que se encontraban a unos tres metros de distancia, era difícilmente explicable que los impactos afectaran al actor en la parte posterior del tórax y posterior de la pierna derecha y no causaran también impacto alguno en sus presuntos acompañantes.

En el tercer fundamento de derecho termina afirmando el Tribunal Supremo que «para que proceda la responsabilidad de la Administración (esta vez basada en el art. 40 LRJAE) se exige en primer lugar que se acredite la existencia de un nexo causal directo e inme-

(32) Resulta curioso señalar que en la STS de 16 de noviembre de 1983, ante la alegación de las demandantes de que se había indemnizado a los familiares de un miembro del GRAPO muerte en un enfrentamiento con la policía, el Tribunal Supremo aclara que esa es una decisión política en la que no le es posible entrar.

diato entre el actuar imputable a la Administración y la lesión; nexo que ha de ser exclusivo, sin interferencias externas en las que interviniera el lesionado. Estos requisitos... no se dan en el caso de autos, pues *los causantes* de los daños fueron los propios manifestantes, entre los que se hallaba el reclamante... *debiendo por tanto soportar el lesionado las consecuencias de su ilegal actividad*».

La razón por la que se deniega en el Real Decreto el resarcimiento por el Estado a las personas no ajenas al delito es la misma: es su propia actividad la que ha ocasionado el daño, y, por tanto, a ellos les corresponde el soportarlo. En este punto no existe especial regulación, sino que el Real Decreto sigue el régimen general.

VI. MONTANTE DE LA INDEMNIZACION

1. *Cantidades a percibir*

La indemnización estatal por actos terroristas deja poco margen a la libre apreciación del monto de los daños sufridos. En todos los Decretos-Leyes se hace referencia o bien a las tarifas fijadas para lesiones en las normas de seguridad social o bien se especifica que lo que habrá de pagarse será un número determinado de mensualidades de salario mínimo interprofesional. En el Decreto del 82 la remisión se hace en forma general (art. 3.º), diciendo que «las cantidades que correspondan no podrán ser inferiores en ningún caso a la cuantía de las previstas para supuestos análogos por las normas laborales o las que regulan la seguridad social». En los otros dos ya no es así. Es el del 86 (art. 3.º) se distinguen dos supuestos. Si se trata de lesiones no invalidantes, la indemnización que corresponda será en principio la fijada para tales lesiones en el baremo de la seguridad social. En cambio, tratándose de lesiones invalidantes, se toma en cuenta la gravedad de las mismas: 30 mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente para la incapacidad permanente parcial para el trabajo habitual; 50 mensualidades para la incapacidad permanente total para el trabajo habitual; 78 mensualidades para la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo; y, por último, 93 mensualidades en casos de gran invalidez. Para el supuesto de muerte la indemnización es de 107 mensualidades. El Decreto del 88 copia esas mismas indemnizaciones. También en los dos Decretos se especifica que el considerar a unas lesiones invalidantes o no se determinará de acuerdo con los criterios que sobre el particular establece la Seguridad Social (33), y que el salario mínimo será el vigente en el momento de producirse las lesiones o muerte.

(33) ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 11.ª ed., Madrid, 1988, pp. 78 y ss., en tema de accidente de trabajo, definen las distintas

De acuerdo con las reglas contenidas en el Real Decreto de 1988, la cuantía resarcitoria para caso de muerte en el supuesto de concurrencia de varios titulares, ofrece un gran número de variantes, dependiendo de quiénes sean los titulares y con quién concurren. En lo que podríamos denominar «primer llamamiento» (34), son posibles concurrentes: el cónyuge no separado legalmente, los hijos menores o incapacitados de la víctima (lo sean también del cónyuge o no), y el progenitor no cónyuge de algunos de esos hijos. El legislador da diferente trato a cada una de esas categorías de titulares.

A) EL CÓNYUGE NO SEPARADO LEGALMENTE

Es el único beneficiario que tiene una cuota mínima fija. En cualquier caso [art. 2,2.º a) Real Decreto de 88] recibirá al menos el 50 % del monto de la indemnización base. Ese porcentaje no puede ser menor, pero sí podrá aumentar. Si el cónyuge tiene hijos podría obtener hasta un máximo de un 25 % más de la indemnización total a sumar a su parte que así quedaría convertida en un 75 % del total.

categorías de lesiones, diciendo que «la *incapacidad laboral transitoria* es la lesión que necesita de asistencia sanitaria y priva al accidentado de su capacidad para el trabajo durante un tiempo no superior a 12 meses, prorrogables por otros 6; si transcurridos éstos subsiste la incapacidad el accidentado pasa a la situación de invalidez provisional. La prórroga de seis meses no debe darse si no se prevé que durante ella el trabajador va a quedar curado sin incapacidad, debiendo pasar directamente a la situación de invalidez permanente. *Invalidez permanente*: se encuentra en ella el accidentado como consecuencia de lesiones curadas clínicamente o aún no curadas, siempre que las secuelas sean definitivas y le dejen reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, en virtud de las que quede disminuida o anulada su capacidad para el trabajo. La invalidez permanente tiene su subdivisión muy importante en los cinco tipos de parcial, total, total cualificada, absoluta y gran invalidez.

1.º *Incapacidad permanente parcial*, es la que ocasiona al accidentado «una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma» (LSS, art. 135,5).

2.º *Incapacidad permanente total* es la que inhabilita al accidentado para todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, «siempre que pueda dedicarse a otra distinta» (LSS, art. 135,4; SCT, 5-XI-1980), o desempeñar tareas «menos importantes o secundarias» del oficio mismo (SCT, 26-IX-1968) o cometidos «secundarios o complementarios» de éste (SCT, 10 y 11-X-1969).

3.º *Incapacidad total cualificada* [ésta no interesa aquí, porque no la recoge el Real Decreto 88].

4.º *Incapacidad permanente absoluta* es la que inhabilita al accidentado «por completo... para toda su profesión u oficio» (LSS, art. 135,5).

5.º *Gran invalidez* es la situación del inválido que «necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

(34) Denomino primer llamamiento a los titulares del derecho de resarcimiento mencionados en el artículo 2.º, 2, a) a los que se les concede a la vez, en contraste con otros posibles titulares (a los que llamaré de 2.º llamamiento), a los que sólo les corresponderá indemnización si no existiesen los del 1.º.

Ese porcentaje le correspondería siempre y cuando no concuerran con él más que sus hijos que, a la vez, lo sean del fallecido, sin que le afecte el número de éstos (35). Si concurre solamente con hijos del fallecido, que no lo son suyos, quedaría tan sólo con el 50 % antes señalado. Si concurre tanto con hijos comunes como con hijos de la víctima únicamente, la parte que le corresponda, además de su 50 % propio, será la mitad de lo que tomen sus hijos. Como al grupo formado por todos los hijos le corresponde el 50 % de la indemnización dividida por su número, la parte del viudo variará según el número de hijos no comunes que concurren, con él y con los comunes.

Puede surgir la duda de si a la cuota que en cada caso corresponda al cónyuge se le sumarán, o no, las veinte mensualidades de salario mínimo interprofesional que concede el Decreto en su artículo 3, c, 3 si existieran hijos de la víctima menores o incapacitados. La redacción del precepto no arroja mucha luz, pues se limita a decir que «A los resarcimientos previstos en el epígrafe b) [lesiones invalidantes] y c) [muerte] del primer apartado del presente artículo, se añadirá una cantidad de veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional por cada uno de los hijos menores o mayores incapacitados». Si consideramos la rúbrica de este artículo tercero —«*criterios para determinar el importe del resarcimiento*»— y el contenido del mismo (36), aparece con toda claridad que su objeto es determinar

(35) Como a él le corresponde el 50 % de lo que tome cada uno de sus hijos, da igual que tome el 50 % de la mitad, que por ejemplo, el 50 % de 2/4 o de 4/8, si tiene dos o cuatro hijos.

(36) Artículo 31. *Criterios para determinar el importe del resarcimiento.*—Uno. El resarcimiento se fijará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Si se produjera una situación de incapacidad laboral transitoria, lesiones permanentes no invalidantes o ambas, el resarcimiento a percibir será el establecido para tales eventos por las normas vigentes en cada momento en el sistema de la Seguridad Social.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a indemnizar se referirá al salario mínimo interprofesional y dependerá del grado de incapacitación, de acuerdo con la siguiente escala:

1. Incapacidad permanente parcial, treinta mensualidades. 2. Incapacidad permanente total, cincuenta mensualidades. 3. Incapacidad permanente absoluta, setenta y ocho mensualidades. 4. Gran invalidez, noventa y tres mensualidades.

c) En los casos de muerte, el resarcimiento será de ciento siete mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

Dos. La consideración de las lesiones como invalidantes o no invalidantes se determinará en base a los criterios que sobre el particular establezca la legislación de la Seguridad Social.

El salario mínimo interprofesional para determinar la cuantía de los resarcimientos será el vigente en el momento de producirse las lesiones o muerte.

Tres. A los resarcimientos previstos en el epígrafe b) y c) del primer apartado del presente artículo, se añadirá una cantidad de veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional por cada uno de los hijos menores o mayores incapacitados.

Cuatro. Podrán aumentarse las cantidades que resulten de la aplicación de las reglas anteriores hasta un 30 % de las mismas, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima.

la cuantía, en cada caso, de las indemnizaciones, sin tocar lo referente a los titulares de las mismas. Tomando en cuenta sólo esos datos la opción razonable sería estimar que esas veinte mensualidades de salario mínimo (por cada hijo menor o incapacitado) no se sumarían a la cuota de ningún posible sujeto en particular. Habría que añadir las al monto total de la indemnización, que, con ese incremento, se repartiría entre todos los beneficiarios, de acuerdo con los porcentajes establecidos en el artículo 2 del Decreto.

Pero es preciso considerar otras circunstancias. Fundamentalmente cuál sea la razón última de la concesión de esas cantidades. No parece discutible que ésta sea el que los hijos menores de edad o mayores incapacitados suponen mayores cargas y obligaciones para sus progenitores. Concediendo en razón a esto una mayor indemnización se trata de compensar esas mayores cargas. Siendo así, si los beneficiarios de la indemnización fueran el cónyuge de la víctima (sin hijos menores o incapacitados), hijos menores o incapacitados del fallecido con una tercera persona, y ese progenitor, está claro que el 50 % de las veinte mensualidades de salario por cada hijo menor o incapacitado habrá que sumarlas a la cuota del progenitor de los mismos (el otro 50 % de esas veinte mensualidades será para los propios hijos), ya que es él quien soporta la carga que ese tipo de hijos supone, sin que corresponda nada al cónyuge. En cambio, si entendiéramos que esas cantidades hay que añadir las al monto total de la indemnización y repertirla de acuerdo con lo dicho por el artículo 2.º del Decreto llegaríamos a resultados absurdos. El cónyuge viudo recibiría un extra en su cuota por la existencia de unos hijos de la víctima necesitados de una mayor protección que al no estar bajo su guarda no la van a recibir de él, sino de su propio progenitor o persona que los tenga a su cuidado. Por tanto, en pura lógica, por más que la regla que lo establece no se encuentre en el lugar que la correspondería (art. 2.º), y no sea más clara, hay que entender que el 50 % de esas cantidades concedidas por hijo corresponderán al progenitor superviviente (37) (cónyuge o no), y si éste no existe incrementará la cuota del propio hijo que la genera, recibiendo así el hijo el total de las veinte mensualidades.

B) HIJOS

Si no concurren con el cónyuge viudo ni con progenitor no cónyuge, su cuota puede ser el 100 % del total de la indemnización. A

Cinco. Los resarcimientos serán satisfechos de una sola vez a los titulares del derecho al resarcimiento.

Serán resarcibles los gastos derivados del tratamiento médico de las víctimas cuando los interesados carezcan de cualquier sistema de previsión que los cubra.

(37) Lógicamente aquí si tendrá transcendencia el número de hijos; a más hijos, mayor cantidad.

tenor del artículo 2.º, a), párrafo 3.º «se distribuirá por partes iguales entre los hijos de la víctima». Aunque el precepto no contempla explícitamente (38) la posibilidad de no concurrencia de progenitores (cónyuge o no) es razonable pensar que la falta de éstos incrementará la cuota de hijos, ya que no se llama a otros posibles beneficiarios salvo «en defecto de *todas* las anteriores personas...».

Si los hijos concurren con el cónyuge viudo de la víctima, aunque la ley parece reservarles en principio un 50 % de la indemnización, la realidad es que ese tanto por ciento es la cuota máxima que pueden adquirir. En ningún caso se vería aumentada, y sin embargo, frecuentemente disminuirá. La única posibilidad en que los hijos recibirían íntegro ese 50 %, es en el supuesto de que solo concurren con el cónyuge no separado, y que éste carezca de hijos comunes con el difunto, y que no sobreviva su propio progenitor. Si hay un solo hijo recibirá completo el 50 % mencionado. Si son varios (tanto da que sean hermanos que medio hermanos) lo que resulte de dividir esa mitad por el número de hermanos que sean.

Por lo que respecta a las veinte mensualidades del artículo 3, c, 3, de acuerdo con lo dicho en el apartado del cónyuge, se le añadirían completas a la cuota de los hijos (cuando éstos carezcan de progenitor superviviente, cónyuge o no).

C) PROGENITOR NO CÓNYUGE

En este caso únicamente tendrá derecho a una cuota de la indemnización si tiene hijos bajo su guarda. Concurriendo con cónyuge viudo (si éste no tienen hijos), sería un 25 % del total. Si el viudo tiene hijos, ese 25 % disminuirá de acuerdo con el número de los mismos. En cambio, si no existe viudo, su participación aumentaría en la medida en que esa ausencia eleve la de sus hijos, ya que siempre le corresponderá la mitad de lo que ellos tomen. Si no hay cónyuge viudo, y tampoco hijos de éste y de la víctima (ni de otros progenitores), podría llegar a tomar hasta un 50 % del monto total de la indemnización. A esto se le añadirá un 50 % de las veinte mensualidades de salario mínimo interprofesional por cada uno de sus hijos menor o incapacitado (39).

(38) Implícitamente sí, ya que dice: «...cuando concurren el cónyuge, los hijos del difunto y el progenitor superviviente de alguno de éstos, el resarcimiento se repartirá por mitades». A «sensu contrario», cuando falten ambos, cónyuge y progenitor superviviente, no habrá reparto por mitades.

(39) Aunque el Real Decreto en su artículo 3.º, c, 3 dice textualmente: «...se añadirá una cantidad de 20 mensualidades de salario mínimo interprofesional por cada uno de los *hijos menores o mayores incapacitados*», parece que las palabras subrayadas deben interpretarse de acuerdo con lo dicho en el artículo 2.º b). En él se enumeran los titulares del derecho de resarcimiento, entre ellos cita a «...los hijos de la víctima,

En lo que podríamos llamar «segundo llamamiento» entrarían: en primer lugar los ascendientes de la víctima en primer grado, y en segundo los hermanos, siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de la víctima. La existencia de ascendientes, excluye el llamamiento a los hermanos.

D) ASCENDIENTES

Si viven ambos, corresponderá a cada uno de ellos el 50 % de la indemnización. Si sólo existiera uno el 100 %.

E) HERMANOS

De acuerdo con lo estudiado en el apartado III, vemos que el Decreto da aquí el mismo trato a todos los hermanos, sin tomar en cuenta si lo son de doble vínculo o de vínculo sencillo, o adoptivos. La cuota que corresponda a cada uno de ellos será la resultante de dividir la indemnización por su número.

F) SUPUESTO EXCEPCIONAL

Por último, se contempla en el Decreto un supuesto excepcional: el de la muerte de ambos progenitores y de algún hijo común de ambos, quedando supérstite algún otro común. Aunque la norma no lo explicita, es obvio que también aquí hay que considerar la posibilidad de que cualquiera, o ambos, de los progenitores fallecidos tengan hijos menores o incapacitados, habidos con persona distinta del cónyuge fallecido. Empecemos con el supuesto más sencillo: no existen más hijos de ninguno de los dos cónyuges fallecidos que el o los supervivientes comunes. En ese caso les correspondería la indemnización íntegra de cada uno de sus padres, más la que generan sus hermanos fallecidos, sin que para obtener esta última sea preciso que los supervivientes hubieran convivido o dependido económicamente de los hermanos fallecidos. Si son varios los hermanos que sobreviven, dividida en partes iguales.

cualquiera que fuera su filiación, que sean *menores de edad o que siendo mayores se hallaren legalmente incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento*». Si tan titulares del derecho a resarcimiento son los incapacitados legalmente como los que fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento (ya he dicho en el apartado que entiendo que con esta expresión se hace alusión a los que aún no han sido incapacitados pero deberían serlo), será lógico que las 20 mensualidades de salario mínimo sean también para ambos.

Si los progenitores tuvieran otros hijos no comunes, la indemnización tendrá que repartirse de acuerdo con la regla general, es decir, entre *todos* sus hijos a partes iguales. Por lo que respecta a la indemnización procedente de los hermanos fallecidos, nos encontraríamos que el Decreto da distinto trato a los hermanos de doble vínculo que a los de vínculo sencillo. Para los primeros, que son a los que hace referencia la regla especial del artículo 2,2.º, c, último párrafo, no se les exige la convivencia ni la dependencia económica. En cambio, para los segundos regiría la regla general en que sí se les pide esa convivencia y dependencia económica.

Aunque no sea frecuente, es posible, que alguno de los hermanos fallecidos en este atentado que podíamos calificar de «familiar», tuviera a su vez cónyuge e hijos. En tal supuesto, es obvio que la indemnización generada por su muerte no llegaría al hermano superviviente. Los hermanos sólo son secundarios: «En defecto de las personas enunciadas en los previos apartados...»; para lo que aquí nos importa ahora, en defecto de cónyuge o hijos. Se repartirá, pues, la indemnización entre éstos de acuerdo con las directrices marcadas por el artículo 2,2.º, a) del Real Decreto.

Hasta aquí, como he dicho, la fijación del monto es prácticamente automática. Sin embargo, todos los Decretos establecen la posibilidad de un aumento sobre esas cantidades teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima. El aumento lo fijaba el Decreto del 82 como máximo en un 20 % de la cantidad resultante de la indemnización. Ese tanto por ciento se eleva a un 30 % en el Decreto del 86, manteniéndose así en el del 88. Resulta claro que se trata de conceder un margen de discrecionalidad para actuar equitativamente, pues aunque todos los casos son dramáticos hay algunos que lo son especialmente.

Así se apreció en la STS de 27 de diciembre de 1988 (40). La víctima, un niño de 10 años de edad, fue alcanzado por un artefacto explosivo colocado por la banda terrorista ETA el día 26 de junio de 1982. Las lesiones que le quedaron, tras cuatro operaciones, fueron la amputación de la pierna izquierda, cicatrices antiestéticas en la cara y en otras partes del cuerpo, ceguera, perforación de ambos tímpanos, pérdida del testículo izquierdo; además, el niño tenía problemas psicológicos derivados del siniestro. El determinar si se aplica o no a cada caso el posible aumento es algo que depende de lo que estime la autoridad administrativa o, en caso de litigio, el Juez. De las sentencias que he tenido oportunidad de consultar, no resulta que

(40) Creo que es en este caso en el que se obtuvo la mayor indemnización, aunque hay que tener en cuenta que se indemnizó por dos conceptos por el Real Decreto del 82 y también en base al artículo 40 de la LRJAE: en total se concedió una indemnización de algo más de 20 millones y medio de pesetas.

sea algo habitual, sino cuando se dan circunstancias muy especiales (41).

No encuentro dificultad alguna en que existiendo varias víctimas de un mismo atentado, o varios beneficiarios por el fallecimiento de alguna de éstas, sea posible que el aumento de la indemnización en ese 30 % discrecional se conceda, no a todos ellos, sino solamente a alguno, o algunos. Las circunstancias que agraven el caso aconsejando tal concesión, pueden darse en unos sí y en otros no.

2. Gastos resarcibles

El artículo 3,5, 2.º párrafo establece que: «Serán resarcibles los gastos derivados del tratamiento médico de las víctimas cuando los interesados carezcan de cualquier sistema de previsión que los cubra». Ese resarcimiento constituye también parte de la indemnización, y en muchos supuestos su trascendencia económica será igual o mayor a la de las cantidades entregadas de acuerdo con el baremo preestablecido. Hay dos puntos en su regulación que pueden suscitar dudas: el alcance de los gastos resarcibles, y qué significa la carencia de cualquier sistema de previsión que los cubra.

A) ALCANCE DE LOS GASTOS RESARCIBLES

La norma no los limita. Por lo tanto, en principio, se podrán resarcir todos los gastos derivados del tratamiento médico. Se incluyen los honorarios del médico y auxiliares, enfermeras, etc., medicinas, hospitalización, intervenciones quirúrgicas, prótesis y vehículos para inválidos (42).

También habrán de incluirse los gastos de rehabilitación, incluso aunque se haya declarado ya una invalidez permanente (43). Si la víctima tenía un sistema de previsión que cubría únicamente parte de los gastos médicos ocasionados, la diferencia será resarcible.

(41) Así lo dice específicamente la sentencia de 15 de julio del 85 del Tribunal Supremo (Sala 4.ª).

(42) Aunque el Real Decreto no hace en este punto remisión a ningún otro texto legal para fijar qué gastos médicos son los resarcibles, creo que refuerza el que los que señalo lo son, el hecho de que esos mismos son resarcibles de acuerdo con las normas de la Seguridad Social, para el caso de accidente de trabajo. Véase M. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 11.ª ed., Madrid, 1988, pp. 98 y ss.

(43) ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *op. cit.*, p. 99 y nota 108, en la que citan dos sentencias en ese sentido; una del Tribunal Central de Trabajo de 5-XII-80, y otra del Tribunal Supremo (Sala 6.ª) de 3-IV-1979.

B) CARENCIA DE CUALQUIER SISTEMA DE PREVISIÓN QUE CUBRA LOS DAÑOS

Esta limitación supone, en principio, que los gastos médicos no serán resarcibles, si, existiendo un sistema de previsión, éste no se utiliza, recurriendo a tratamientos médicos de carácter particular. Esto, que para algunas de las situaciones que se planteen es razonable, en otras no lo será tanto. No hay que olvidar que las lesiones causadas en un atentado terrorista muy a menudo ponen en grave riesgo la vida de los que los sufren, obligando a intervenciones quirúrgicas de suma urgencia, o exigiendo la utilización de lo que se ha dado en llamar «tecnologías punta», para tratar de paliar, en lo posible, la gravedad de los daños ocasionados. Creo que, cuando se den situaciones de este tipo, aunque el tratamiento realizado lo hubiera cubierto el sistema de previsión que no se utilizó, los gastos causados serán también resarcibles. Sobre este tema el estudio más profundo, y que puede resultarnos esclarecedor, es el de las reglas de la Seguridad Social. El artículo 102,3 de la Ley General de la Seguridad Social, dice que «Las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que pueden ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen». El Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social (44), completa la regulación de este punto, diciendo en su artículo 18 que, se abonarán los servicios médicos prestados por entidad o persona distinta de los asignados cuando sea precisa asistencia urgente de carácter vital (45), que no haya podido atenderse por los servicios propios de la Seguridad Social, o de negación injustificada de asistencia. Alrededor del tema existe una abundantísima jurisprudencia (tanto del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, como el Tribunal Central de Trabajo), bastante reciente sobre supuestos concretos (46). Así, la STS (Sala 6.^a), 10-V-82, tuvo en cuenta la urgencia de carácter vital; la SCT (47) de 31-V-69 en que el enfermo no tuvo posibilidad material de acudir a los servicios de la Seguridad Social por hallarse privado de conocimiento, así como en inminente peligro de muerte; la STC de 29-V-74, el que era urgentísima la operación y el traslado a la instalación de la Seguridad Social (más leja-

(44) Decreto modificado por el 1.872/1971, de 23 de julio, y 3.092/1972, de 2 de noviembre.

(45) ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, p. 251, comentando este precepto, señalan que «apuntan hacia urgencias meramente clínicas y no tiene en cuenta situaciones de angustia del enfermo y su familia».

(46) La jurisprudencia manejada procede de la obra de ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, pp. 251 y 252, nota 45.

(47) SCT, Tribunal Central de Trabajo.

na) implicaba un grave riesgo; las STC de 8-VII-77 y 30-IX-80, el no haber camas disponibles; la STC de 28-IV-79, la existencia de huelga en el hospital de la Seguridad Social; las STS (Sala 6.^a), de 2-III y 5-X del 84, que los propios médicos de la Seguridad Social juzgaron necesario y recomendable la utilización de los servicios externos. En esta misma línea progresiva se ha manifestado recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 101/1987 de 15 de junio (48) concediendo el reintegro por el INS de los gastos realizados por el demandante en una institución de medicina privada.

Otro extremo reflejado también en la jurisprudencia es la posibilidad de reintegro de los gastos causados fuera del territorio nacional. Así las STS (Sala 6.^a) de 3-VI-75, 4-XI-83 y 26-XI-84, 29-XII-86, que declaran resarcibles los ocasionados por una enfermedad imprevista que obligó a una hospitalización fuera de España (49).

Si el Real Decreto establece una protección que excede de la que ofrece la Seguridad Social, parece que, al menos, deberá ajustarse a la regulación de ésta, e incluso superarla a favor de la víctima en supuestos dudosos. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15-II-86 no consideró reintegrables los gastos ocasionados por tratamiento médico externo, motivado porque sólo éste utilizaba «técnicas de punta», aún no socializadas. Esta opinión, que puede resultar adecuada para supuestos regidos por normas de Seguridad Social, que efectivamente ofrece medicina socializada, no lo es el caso especial del Real Decreto 88, cuyo carácter excepcional debe superar los límites de la Seguridad Social.

(48) En ella se contempla el caso de una persona que, sufriendo un desprendimiento de retina en su ojo izquierdo, acudió a un centro sanitario de la Seguridad Social. Allí le diagnosticaron una incipiente catarata, junto con un estado de preocupación y nerviosismo. El paciente no conforme con este diagnóstico se dirigió a un centro de medicina privada donde le operaron de su dolencia real. Posteriormente reclamó al INS el reintegro de los gastos ocasionados por la intervención mencionada. El Tribunal Central de Trabajo, denegó tal aplicación, sentando el criterio de que la Seguridad Social no tiene obligación, ni posibilidad, de prestar a todos sus enfermos la misma asistencia que se presta en los mejores centros privados. El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por estimar que la sentencia del TCT vulneraba lo dispuesto en los artículos 43,1 y 41 de la CE en relación con el artículo 15 de la misma, ya que la recurrente no encontró protección a su salud en el régimen de la Seguridad Social establecido a dicho fin, ni se le consideró con derecho a conservar su integridad física, permitiéndose un trato inhumano y degradante. El Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado, no tanto en cuanto al derecho a la propia integridad física, que no se consideró vulnerado, sino basándose en que el error de diagnóstico sufrido por la Seguridad Social (según la propia jurisprudencia del TCT) ha de entenderse como denegación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social; supuesto que, según lo previsto en el artículo 18,1 del Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre, da lugar a que se reintegran los gastos originados al tener que recurrir a un centro médico privado.

(49) No cabe duda que un atentado terrorista es algo imprevisto, y sin embargo, es posible que se sufra fuera del territorio español. Para el punto concreto de cuando es aplicable o no el Real Decreto 88, si el atentado se produjo fuera del territorio nacional, véase el apartado X.

VII. PLAZO DE LA ACCION PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION

El artículo 5,2 del Real Decreto 88 (50) dispone que la acción para reclamar los daños sufridos «prescribe por el transcurso del plazo de un año computado a partir del hecho que la motivó [la posibilidad de ejercitar la acción]». Este plazo tiene la misma duración, al menos a primera vista, que el que marca el artículo 1.968,2 del Código civil para la responsabilidad extracontractual, lo mismo si procede de ilícito civil, como si lo hace de delito (51). También, como éste, se trata de un plazo de prescripción al que resulta aplicable lo dicho en el artículo 1.973 del Código civil. Podrá, por tanto, interrumpirse, por reclamación judicial o extracontractual del acreedor, y por cualquier acto de reconocimiento del deudor.

El momento del comienzo del cómputo del plazo lo fija el artículo 5,2 de Real Decreto, desde el hecho que motivó la indemnización. El artículo 1.968,2 del Código civil, lo hace «desde que lo supo [el que existía un daño] el agraviado». La diferencia del momento fijado como comienzo del cómputo no es casual en modo alguno. El artículo 1.968,2 del Código civil hace referencia a todo tipo de daños (personales o materiales). El artículo 5,2 del Real Decreto se ocupa únicamente de daños personales, y estos últimos, normalmente, se conocerán por quien los sufrió en el momento mismo de producirse (52). Sin embargo, como es lógico, si no se ha tenido conocimiento de que el hecho dañoso entraba dentro de la categoría de los que dan lugar a esta indemnización especial, el plazo para solicitarla no comenzará sino desde el momento (52 bis).

Para la acción derivada del artículo 1.968,2 del Código civil la doctrina ha interpretado que se entenderá que comienza el plazo de prescripción desde que la víctima supo el hecho dañoso y *pudo ejercitar la acción* (53), cosa que no ocurrirá si, por ejemplo, el daño fueron unas lesiones que lo mantuvieron en coma durante cierto tiempo.

(50) Los Reales Decretos de 1982 y 1986 tenían la misma regla, y además incluso en el mismo lugar, el artículo 5.2.

(51) Para ver estado de la cuestión (doctrinal y jurisprudencial) y argumentos para mantener que el plazo de la acción para reclamar la responsabilidad extracontractual es el mismo (1 año), tanto si la citada responsabilidad civil procede de delito como si lo hace de simple ilícito civil, véase mi trabajo *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, en ADC, 1987, 884 a 894.

(52) Digo normalmente, porque lo más frecuente es que los atentados terroristas produzcan daños corporales que resultan evidentes, (fracturas, heridas, etc.); pero, aunque sea más inusual, es posible que tales daños no se manifiesten en el momento de su producción, o que sean psíquicos, que habitualmente no se reconocen en el mismo momento en que se producen, sino en otros posteriores.

(52 bis) Así ha ocurrido con las víctimas del hotel Corona de Aragón. Once años después del siniestro ha sido cuando, tras el informe del Consejo de Estado, se ha señalado definitivamente que fue un atentado terrorista.

(53) Por todos, DE ANGEL, *La responsabilidad civil*, Deusto, 1988, p. 340.

Otros problemas que plantea el artículo 1.968 del Código civil, son los derivados de los daños, duraderos, continuados o sobrevenidos, a los que los autores y Tribunales han tratado de buscar la solución más adecuada en favor de las víctimas. En cambio, el Real Decreto 88, esos problemas los solventa directa o indirectamente, el propio artículo 5,2. De verdad el plazo de un año computado a partir del hecho que motivó la reclamación sólo se aplicará cuando la víctima fallezca en el momento del atentado. Si los daños causados fueran lesiones, el plazo de un año no comenzará a correr, a tenor del mismo precepto, sino a partir de la fecha en que la víctima se encuentre «totalmente curada de sus lesiones». Aquí conviene señalar que es posible que, aparentemente curada de sus lesiones, la víctima ejercite la acción para pedir la indemnización dentro de plazo, y posteriormente se manifiesten otras lesiones que hasta el momento habían permanecido ocultas. Si se tratara de un caso normal de responsabilidad civil el plazo de prescripción de la acción debería correr a partir del momento en que tales daños son conocidos por la persona que los sufre, con independencia de que los daños primitivos hubieran sido incluso ya indemnizados (54). Sin embargo, en la responsabilidad del Estado por los actos terroristas, no siempre sería así. No hay que olvidar que este tipo de indemnización no pretende, como sí ocurre en la nacida del artículo 1.902 del Código civil, indemnizar todo el daño causado en cada caso. Ese resarcimiento funciona de acuerdo con un baremo por categorías del daño causado, prefijado casi totalmente. La cuantía de la indemnización dependerá de si el daño padecido constituye una situación de lesiones no invalidantes, lesiones invalidantes que produzcan incapacidad permanente total para el trabajo habitual, incapacidad absoluta para toda clase de trabajo, gran invalidez o muerte (55). Aunque la norma no lo diga explícitamente, nacería un nuevo plazo de un año de duración para accionar solamente cuando los daños aparecidos «a posteriori» de la indemnización ya pagada (o reclamada y en trámite), provoquen un cambio en la categoría de las lesiones sufridas. Por ejemplo, unas lesiones invalidantes de un tipo, que, tomando en cuenta los nuevos daños aparecidos, pasan a ser de otro de mayor gravedad. Entonces, en ese nuevo plazo sería posible ejercitar la acción para reclamar la diferencia entre la indemnización que corresponde según la nueva cate-

(54) No olvidemos que la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código civil trata de indemnizar *todo* el daño sufrido.

(55) Para lesiones no invalidantes, establece el artículo 3 que el resarcimiento a percibir será el establecido para tales eventos por las normas vigentes en cada momento en el sistema de la Seguridad Social. Y para los invalidantes el mismo art. establece la siguiente escala: 1. Incapacidad permanente parcial, treinta mensualidades. 2. Incapacidad permanente total, cincuenta mensualidades. 3. Incapacidad permanente absoluta, setenta y ocho mensualidades. 4. Gran invalidez, noventa y tres mensualidades. En los casos de muerte, el resarcimiento será de ciento siete mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

ría y la que se reclamó o cobró ya, correspondiente a la categoría inferior. Si las lesiones recién descubiertas no suponen un cambio en la categoría de las mismas, no surge ningún nuevo plazo porque el derecho ya se agotó.

Finalmente, el artículo prevé el caso de quien, no muriendo en el mismo atentado o inmediatamente después, sufrió unas lesiones que se indemnizaron, y fallece después a consecuencia de las mismas. Para ese supuesto establece que «existirá un nuevo plazo de igual extensión [1 año] para solicitar la diferencia —si la hubiera— entre la cuantía devengada por tales lesiones y la que corresponda por el fallecimiento».

El momento de iniciar el cómputo de ese plazo será el del fallecimiento de la víctima.

La STS (Sala 5.^a) de 27 de mayo de 1988 es la única que toca el punto concreto del plazo de la acción. El 2 de mayo de 1980, don Jesús, guarda jurado de una empresa, fallece a consecuencia de unos disparos efectuados por unos desconocidos. El hecho fue reivindicado por el «Frente Revolucionario Antifascista Vasco-Aragón». Se instruyó sumario, que se declaró concluso por auto de 29 de mayo de 1980. Remitido a la Audiencia, ésta dictó auto de sobreseimiento provisional el 28 de junio de 1980. El 27 de junio de 1985 la viuda de la víctima presentó ante el Ministerio de Interior solicitud de resarcimiento, al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 9/84 de 26 de diciembre, por el fallecimiento de su esposo con ocasión de acto terrorista. Se le deniega la concesión de tal indemnización por haber transcurrido ampliamente el plazo concedido por la Ley para ejercitar la acción. Tras el preceptivo recurso de reposición, que también se desestimó, la viuda interpuso recurso ante el Tribunal Supremo (56) que su vez lo desestimó pronunciándose en el mismo sentido de entender que el derecho había prescrito. Se señaló que habían transcurrido casi cinco años desde el comienzo del cómputo del plazo, sin que fuese óbice para ello que el sobreseimiento declarado por la Audiencia Provincial sobre el atentado fuera provisional, «puesto que con éste —dice el Tribunal Supremo—, al igual que con el libre [sobreseimiento definitivo], queda aperturada la vía de la acción indemnizatoria por diferente cauce que el del proceso penal que en tanto

(56) El recurso posible contra las resoluciones dictadas por el Ministro del Interior en tema de indemnizaciones por daños terroristas es el de reposición, para cuya interposición hay un plazo de un mes a partir de la notificación o publicación del acto, que habrá de hacerse de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 59 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27-XII-1956.

Este recurso es requisito previo a la interposición del contencioso-administrativo (art. 52 LJCA), que podrá interponerse en un plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, si es expreso, si no lo fuere, el plazo será de un año, a contar de la fecha de interposición ante alguna de las Salas del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo que conocerá del asunto en única instancia (art. 14,1,A,b), LJCA).

se sustancia veda su ejercicio» (*sic.*) Continúa el Tribunal Supremo diciendo que, si bien existen diferencias sustanciales entre una y otra clase de sobreseimiento, éstas se manifiestan únicamente en el ámbito penal y no en el de la interrupción de los plazos de prescripción.

Parece algo absurdo la aclaración de que se podrá pedir la diferencia entre la cuantía de la indemnización por lesiones y aquella que corresponde por muerte si es que tal diferencia existiera, pues, como ya he señalado la diferencia está preestablecida por un baremo, y las lesiones más graves, las que producen gran invalidez, dan lugar a una indemnización equivalente a 93 mensualidades de salario mínimo interprofesional, mientras que el fallecimiento origina el hecho a obtener una indemnización de 107 mensualidades de ese mismo salario. Luego siempre existirá esa diferencia.

Aquí subyace un problema del que no es seguro que haya sido consciente el legislador. El de si la indemnización de la víctima lesionada pasa o no en principio, con la herencia a sus herederos. O si esta podrá corresponder a los beneficiarios del Real Decreto junto con la diferencia entre la cantidad tomada por el fallecido por las lesiones sufridas, y la que originará su muerte. Esta última no cabe duda que sólo pueden solicitarla los beneficiarios de la indemnización, y no los herederos, salvo que ambas circunstancias concurren en las mismas personas.

Lo primero es constatar que herederos y beneficiarios de la indemnización no siempre coincidirán. Así cónyuge no separado e hijos de la víctima, además de beneficiarios del resarcimiento estatal, son también herederos legitimarios del fallecido. Con todo, las cuotas que como tales les correspondan en la herencia (a tenor de que la sucesión se rija por el Derecho común o por alguno de los forales), no son las mismas que prevé el Decreto (57). El progenitor de algún hijo del difunto, no cónyuge de éste, según el Decreto, y de acuerdo con sus requisitos, es beneficiario; sin embargo, carece de cualquier derecho sucesorio abintestato sobre el patrimonio del fallecido. Además, hay que considerar que, aún pueden introducirse más variables si la sucesión de la víctima es testamentaria, pues la voluntad del causante determinará las distintas cuotas que desee establecer, aun cuando como es lógico tenga que respetar las legítimas.

Por lo que toca a los beneficiarios que he denominado de segundo grado, tampoco hay coincidencia total con los herederos. Si bien, padres y hermanos son beneficiarios de la indemnización estatal sólo en el supuesto de que no existan cónyuge ni hijos, y los hermanos sólo cuando no haya tampoco padres, tal y como ocurre para estas

(57) A la hora de calcular las cuotas que correspondan a los distintos herederos no sólo hay que considerar personas con las que concurren a la herencia, y Derecho civil común o foral que rija la sucesión, sino incluso régimen económico matrimonial (uno, siempre el mismo, o varios sucesivamente) vigente en el matrimonio.

personas en la sucesión abintestato. Pero hay otros herederos abintestato que no se encuentran mencionados en el Decreto como posibles beneficiarios de la indemnización en ningún caso: así abuelos, nietos, sobrinos carnales, etc.

La cantidad que haya recibido la víctima como indemnización de las lesiones corporales sufridas, pasa a formar parte de su patrimonio y, al fallecer, se transmite a sus herederos (ya sean a la vez posibles beneficiarios o no). En cambio, la diferencia entre esa cantidad y la correspondiente a la indemnización por muerte no es susceptible de ser solicitada por los herederos, si en ellos no concurre la condición de beneficiarios de la indemnización estatal (58). Con lo que resulta que, por ejemplo, existiendo un progenitor, no cónyuge de algún hijo menor de la víctima, y estando el susodicho menor bajo su guarda, la indemnización de la víctima por lesiones convertida en herencia llegaría en parte (la que le corresponde dependiendo entre otros factores de con quién concurriese) al hijo, pero no, en principio, a dicho progenitor. En cambio, en la diferencia a solicitar tras la muerte de la víctima, el progenitor superviviente no cónyuge tendría parte en la indemnización (la mitad de lo que le correspondiera a su hijo).

VIII. DISPOSICION TRANSITORIA

En el primer Decreto (el de 5 de marzo 1982) no hay una disposición transitoria, pero el artículo 7.º establece, en su primer párrafo, que se aplicará a las reclamaciones que se hallen en trámite, y en el segundo párrafo, que los expedientes resueltos con anterioridad a su vigencia (lo habían sido en base a la ley del 79) pueden ser revisados a instancia de los interesados, para ajustarlos a las prescripciones del mismo, siempre y cuando las solicitudes se deduzcan dentro del plazo de tres meses, desde el día de la entrada en vigor de Real Decreto (59). Se persigue así que los afectados puedan beneficiarse de las mejoras que dicho Real Decreto pueda suponerlés.

En el Real Decreto de 1986 existe ya una disposición transitoria propiamente dicha.

En ella se determina que el Real Decreto será la aplicación a los expedientes incoados por hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre (60).

(58) Es más, creo que aquellas personas que por indignidad pudieran verse privadas de su parte en la herencia de la víctima, seguirían teniendo, a pesar de ello, acción para reclamar el resarcimiento estatal por la muerte de la víctima, siempre y cuando fueren beneficiarios del mismo, de acuerdo con el Decreto.

(59) Lo que se produjo, a tenor del primer párrafo del artículo 7.º, al día siguiente de su publicación en el «B.O.E.», es decir, el 12 de marzo de 1982.

(60) En la STS de 27 de diciembre de 1988, en su 5.º considerando, se declara

También se admite, como en el del primer Real Decreto, la posibilidad de que, a instancia de los interesados, se revisen los procedimientos que se refieran a hechos posteriores a la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, y que se hayan resuelto de acuerdo con las normas del Real Decreto 1982. El plazo para dicha revisión es más generoso que el primer Decreto Ley (en ese era de 3 meses), el mismo de la acción, un año, computándose a partir de la entrada en vigor del Real Decreto de 1986, al día siguiente de su publicación en el «B.O.E.», el 20 de febrero de 1986.

Por fin, en el Real Decreto actualmente en vigor, el de 1988, la disposición transitoria dispone que sus normas serán aplicables a los expedientes que se instruyan por hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal. En la misma disposición, en su segundo párrafo, se establece la aplicación retroactiva de una de las novedades que aporta este Real Decreto, la posibilidad de resarcir a los hermanos de la víctima «siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de ésta, y no tuviesen medios suficientes de subsistencia», para el caso de que no existan otros parientes con más derecho al resarcimiento; también la posibilidad para casos de muerte de ambos progenitores y algún hijo común, quedando superstite otros hijos comunes, de que éstos últimos obtengan un resarcimiento respecto de los hermanos fallecidos, sin que exista la necesidad de que concurren convivencia ni dependencia económica.

El plazo para solicitar ese resarcimiento es de un año a contar, como en los casos anteriores, desde el día de la entrada en vigor del Real Decreto, el 5 de noviembre de 1988.

Sólo hay una sentencia, la de 16 de noviembre de 1983, que, si quiera incidentalmente, toca el punto de la transitoriedad. En ella las demandantes, herederas testamentarias y parientes colaterales en tercer grado (sobrinos) de las víctimas de un atentado terrorista perpetrado antes de 1980, y habiéndose tramitado la posible indemnización también antes de esa fecha, ante la negativa de la administración a pagarles resarcimiento alguno, alegaban que no les era de aplicación el Real Decreto de 1982. El Tribunal Supremo se limita a responderles que semejante alegación podría resultarles de utilidad, «en la hipótesis de que el mismo —el Real Decreto— hubiera venido a restringir los supuestos en que pudiera operar este tipo de responsabilidad, así como el círculo de personas beneficiadas de ello, mas, en esta materia, la función de esta norma, y la de la que se deriva, la contenida en el citado artículo 7 del RDL de 26 de enero de 1979,

no aplicable el Real Decreto 86 a un hecho dañoso ocurrido el 26 de junio del 82, puesto que la norma transitoria del Real Decreto del 86 deja bien claro que éste se aplicará a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984.

es la contraria, dirigida a asegurar medidas reparadoras, en favor de los directamente afectados por la nueva ola terrorista, aunque concretando y limitando el número de personas que puedan beneficiarse de sus previsiones». Realmente se trataba de un caso en el que no era de aplicación el Real Decreto de 1982, sino la normativa anterior. Esta se concretaba en el Real Decreto-Ley del 79, que sencillamente establecía la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas del terrorismo, pero sin concretar cuantías, ni personas con derecho a ello. El acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 1979 atribuía en caso de fallecimiento la indemnización al orden sucesivo que establece la legislación de clases pasivas. Y en ella no aparecen los sobrinos.

IX. COMPATIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO ESTATAL EXTRAORDINARIO CON OTROS

El Real Decreto de 5 de marzo de 1982, desarrollando el artículo 7 del Real Decreto de 26 de enero de 1979, establecía en su artículo 2.º, b), último párrafo los límites de la compatibilidad: «El otorgamiento de esta prestación [la indemnización estatal] no será obstáculo para que se perciban las que puedan corresponder a sus titulares por cualquiera otro concepto, dejando a salvo la incompatibilidad y la opción establecidas por el Real Decreto 19/1981, de 30 de octubre». Se partía pues de una regla general de compatibilidad, coherente con la excepcionalidad de la indemnización, limitada por lo establecido en el Real Decreto del 81. Este se ocupa de «Clases pasivas. Pensiones extraordinarias a las víctimas del terrorismo». Su preámbulo señala que la legislación existente sobre derechos pasivos de funcionarios civiles y militares reconoce el derecho de unos y otros a percibir pensiones extraordinarias e indemnizaciones cuando fallezcan o queden inútiles en acto de servicio. Entre las causas que pueden provocar ese fallecimiento o inutilidad se encuentran los actos terroristas. Pero algunas veces las víctimas de los atentados terroristas, precisamente por su anterior condición de funcionarios —continúa dicho preámbulo— son los funcionarios civiles y militares en situación de jubilado y retirado. Esta situación no se contempla en la legislación indemnizatoria vigente, y teniendo en cuenta la equidad es conveniente darles un trato equiparable, aunque se tome en cuenta la distinta situación administrativa a la hora de fijar el monto de esos derechos pasivos extraordinarios. Con ese fin es con el que se dicta la norma. En los artículos primero y segundo del Real Decreto se fijan las bases que permitirán calcular en cada caso el monto de la indemnización (61),

(61) «El personal civil o militar que se encuentre en situación de jubilado o retirado, que resulte inutilizado o fallecido como consecuencia de actos terroristas por su

y en el número 2 del artículo 2.º se dice que tal indemnización será incompatible con la regulada en el artículo 7.º del Real Decreto Ley 3/1979 de 26 de enero.

En el Real Decreto 86 ya no existe legitimación alguna y su artículo 1,2 únicamente dice que «Las indemnizaciones que resulten de aplicar el párrafo anterior serán compatibles con cualesquiera otras a que tuvieran derecho la víctima o sus derechohabientes». El Real Decreto 88 repite literalmente la disposición también en el artículo 1,2. El hecho de haber suprimido toda mención a la incompatibilidad del resarcimiento estatal extraordinario parece dejar bastante claro que en este momento la compatibilidad es absoluta. Se puede compaginar con cualquier otro tipo de resarcimiento o indemnización, precisamente por su carácter extraordinario.

La imposibilidad de compaginar la indemnización estatal por actos terroristas con la establecida en el Real Decreto 19/1981 de 30 de octubre (sobre las pensiones extraordinarias de funcionarios civiles o militares, jubilados o retirados), aparece en dos sentencias de contenido muy diferente. En la primera STS, de 15 de julio de 1985, el caso no ofrecía muchas dudas en este punto (62). En el momento de sufrir el atentado la víctima era militar en situación de reserva activa. Era evidente que le alcanzaba lo dispuesto en el Real Decreto del 82 (art. 2.º, b) en cuanto a que no era posible hacer compatibles ambas indemnizaciones. En cambio, la segunda STS, de 24 de octubre de 1986, contemplaba un supuesto en el que la víctima no era funcionario, ni civil, ni militar, y regentaba un bar de su propiedad como trabajador autónomo. Allí fue atacado por los miembros del llamado «Batallón Vasco español», sufriendo lesiones que fueron calificadas de gran invalidez, y que determinaron que la Seguridad Social le concediera una pensión vitalicia de 150 % de la pensión que le correspondía. Dicha pensión en el año 1984 alcanzaba la suma de 38.175 pesetas al mes. En abril de 1982 la víctima solicitó el reintegro de los gastos ocasionados por la atención directa a su persona, y la aplicación de los beneficios del Real Decreto de 5 de marzo de

anterior condición de funcionario, causará en su propio favor o en el de sus familiares una pensión extraordinaria en la cuantía del 160 por 100 de la base reguladora que hubiera correspondido para la determinación de la pensión ordinaria, con independencia de su derecho a causarla» (art. 1.º Real Decreto octubre del 81). «1. Asimismo, dicho personal o su familia tendrá derecho, además de la pensión indicada en el artículo anterior, a una indemnización por una sola vez, equivalente a una mensualidad del haber regulador por cada año de servicio computable a efectos de trienios, con un mínimo de 100.000 pesetas y un máximo de 12 mensualidades. 2. Esta indemnización será incompatible con la regulada en el artículo 7.º del Real Decreto-Ley 3/1979 de 26 de enero, reconociéndose al beneficiario el derecho a optar por una de ellas» (art. 2.º Real Decreto de octubre de 1981).

(62) El mismo asunto fue objeto de un recurso de amparo ante la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional. La sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de enero de 1989, desestimó el recurso que se había interpuesto por presunta vulneración del artículo 24.1 de la CE.

1982. Se le concedió una indemnización equivalente a 40 mensualidades de la pensión que percibía en ese momento, incrementando el resultado en un 50 % (por un total de 1.827.000 ptas.). El demandante disconforme con la cuantía de lo que le pagaron alegó que, a tenor del artículo 3 de Real Decreto del 82, las cantidades que correspondan por este concepto no pueden ser menores a la cuantía de las previstas para casos análogos por las normas laborales o de la Seguridad Social; además se satisfarán de una sola vez, capitalizándose en su caso. Continuaba argumentando el perjudicado que, siendo la calificación correspondiente a sus lesiones la de gran invalidez, caracterizada por precisar la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, la indemnización debe ser la que resulte de capitalizar la pensión del 150 % de la pensión señalada por la legislación laboral. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó que «si bien el Real Decreto 82 estableció una regla general de compatibilidad con otras prestaciones, el Real Decreto 19/81 de 30 de octubre declara la incompatibilidad, y aunque es cierto que se refiere a funcionarios civiles o militares, jubilados o retirados, no hay que olvidar que tanto militares o funcionarios, como trabajadores por cuenta propia o ajena están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social, y que lo que pretende el Real Decreto del 82, en virtud de remisión al Real Decreto 1981, es que no se perciban dos pensiones por el mismo hecho, y en dicha pretensión incurre el actor, que percibe ya una pensión del 150 % de la Seguridad Social». Y continúa el Tribunal Supremo diciendo que, de prosperar la petición del actor se produciría un resultado contrario a la equidad (63).

La sentencia es muy criticable. No se puede aceptar la interpretación que hace del artículo 2, b) del Real Decreto 82, puesto que lo desnaturaliza. De ser una limitación excepcional a la regla general de compatibilidad se pasa a fijar de «facto» la regla contraria y la de incompatibilidad general, ya que se viene a decir que no tienen derecho a la indemnización las personas que lo tengan a percibir pensión de la Seguridad Social por los mismos hechos. La amplia cobertura en nuestros días de la Seguridad Social haría prácticamente inaplicable el Real Decreto del 82. Tampoco merece mejor suerte la alusión al quebrantamiento del principio de igualdad. Pues si éste se conculca en algún momento en perjuicio de los funcionarios civiles o militares, jubilados o retirarlos, la forma de solventarlo no era reducir la posibilidad de indemnización para todos, sino, como se ha

(63) El séptimo Fundamento de Derecho de la sentencia dice así: «La pretensión que deduce el demandante desembocaría, de prosperar, en un resultado contrario al principio de igualdad, puesto que una persona afiliada a la Seguridad Social, que sufre un atentado por sus convicciones personales, percibiría una pensión duplicada —una periódica y otra capitalizada sobre el total de la periódica— mientras que el funcionario o militar, que es objeto de atentado exclusivamente por su condición de servidor del Estado, tendría que optar por una de ellas».

hecho después, eliminar la incompatibilidad para los funcionarios. El error de la sentencia estriba en considerar que la idea rectora de Real Decreto 82 es impedir que una persona reciba dos pensiones por el mismo hecho, cuando lo que de verdad pretende es que no las reciba por el mismo título; que es una cosa distinta.

La compatibilidad de la indemnización especial con otros resarcimientos diferentes del fijado en el Real Decreto sobre funcionarios civiles o militares ha sido objeto de controversia en varias sentencias. En todas ellas el Tribunal Supremo se ha pronunciado siempre a favor de ella.

En la STS de 27 de diciembre de 1988 (Sala 5.ª) la Administración negaba la posibilidad de hacer compatible la reclamación de la indemnización correspondiente según el Real Decreto 82, con la debida por el funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 41 y 42 LRJAE). La argumentación utilizada se basaba en que esas reclamaciones «obedecen a unos mismos hechos y que son contradictorios los títulos jurídicos invocados». El Tribunal Supremo opina que tales razones no son estimables, pues el artículo 1.º, p. 3 del Real Decreto 82 señala que «el otorgamiento de esta prestación no será obstáculo para que se perciban las que puedan corresponder a sus titulares por cualquier otro concepto, como puede ser el determinado por el anormal funcionamiento del servicio policial en el supuesto de que así se acreditara (64).

(64) El tercer Fundamento de Derecho es el que hace referencia a la acreditación de que se dio el anormal funcionamiento del servicio policial: «...debe entrarse a dilucidar si efectivamente concurrieron en el caso ahora enjuiciado, los supuestos de hecho que determinan la efectividad de los títulos jurídicos invocados por los actores. Sobre cuyo particular cabe decir que la prueba de autos acredita que en la noche del 25 al 26 de junio de 1982, en plena campaña terrorista de ETA contra la central de Lemóniz, relacionada con IBERDUERO por esa organización criminal, fue observada la presencia de una mochila de aspecto sospechoso ante las oficinas de IBERDUERO, en el centro de Rentería. Avisada la Policía Nacional de esa localidad, creyendo ésta que podría tratarse de un artefacto explosivo, acordonó la zona avisando a los Cuerpos Estatales de Seguridad, al no contar ella con material adecuado para actuar sobre el presunto artefacto; permaneciendo el lugar vigilado hasta la madrugada por la Policía Municipal momento en que ésta levantó su vigilancia, al no haberse constituido por el lugar los servicios de desactivación de la Policía Estatal, a pesar de haberse insistido en la reclamación.

Así las cosas, hacia las doce horas del día 26, cuando el niño José Alberto M., entonces de 10 años, volvía del colegio hacia su casa, al pasar por las proximidades de la citada oficina de IBERDUERO y observar que en el suelo se encontraba la mochila, procedió a golpearla con el pie, provocándole la explosión del artefacto en ella colocado, lo que produjo al niño lesiones de enorme gravedad». El 4.º Fundamento de Derecho concluye «Los hechos reseñados demuestran la aplicabilidad al caso de los dos títulos jurídicos invocados, pues no cabe duda de que las lesiones de José Alberto se produjeron con ocasión de la actuación de bandas armadas, lo que determina la efectividad del artículo 7 del Decreto-Ley 3/1979; y a la vez ha quedado patente que las Fuerzas de Seguridad del Estado, que eran las que tenían a su alcance los medios técnicos para la prevención de los delitos como los descritos, no actuaron como les era normalmente exigible a pesar de que se les dio el alerta oportuno; apareciendo claro el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

La STS de 29 de abril del 88 (Sala 5.^a) declara la compatibilidad de prestaciones de la Seguridad Social con las derivadas del Real Decreto 82.

La de 21 de mayo de 1987 (Sala 5.^a) afirma la compatibilidad general de la indemnización especial con «cualquiera otra que pueda corresponder a sus beneficiarios por un título distinto». Especificando después que desde luego sí lo es con las que proceden de la Seguridad Social.

Así pues, con la excepción de la STS de 24 de octubre de 1986, el Tribunal Supremo entiende y aplica la compatibilidad del resarcimiento estatal por los daños causados por terroristas con cualquier otra indemnización que, aun procediendo de los mismos hechos, corresponda a la víctima por distinto título. Así, la persona herida en atentado terrorista tiene derecho a la pensión que, de acuerdo con sus circunstancias, le corresponda por las normas de la Seguridad Social, y, además, a la indemnización (pagada de una sola vez) que se determine por aplicación del Decreto sobre indemnización por actos terroristas.

X. NATURALEZA DE LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS O DE BANDAS ARMADAS

Como afirma Martínez-Cardós Ruiz (65), «a este interrogante se le pueden dar tres respuestas: considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado; estimar que las indemnizaciones abonadas al resarcir los daños personales causados por grupos o bandas armadas son una manifestación asistencial del Estado y, en consecuencia, dichas indemnizaciones no son sino prestaciones de Seguridad Social; por último, cabe entender que las indemnizaciones previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre (66) constituyen un *tertium genus* entre las posibilidades indicadas, teniendo en cualquier caso una naturaleza especial».

Martínez-Cardós se muestra contrario a aceptar la primera de las opciones que expone. Fundamentalmente su razonamiento se concreta en la inexistencia de un nexo causal entre la actuación delictiva de los terroristas y la responsabilidad del Estado. A su modo de ver, no es posible entender que el daño se produjo porque la Administración no actuó estando obligada a hacerlo. No existe una culpa *in*

(65) «La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas», en RD Admin., octubre-diciembre, 1985, pp. 567 y ss.

(66) Esa Ley está en la actualidad derogada, pero no lo estaba en el momento en que Martínez-Cardós escribió su trabajo.

vigilando estatal (66 bis). Esa tesis de la culpa se ha mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al resolver otros litigios de responsabilidad extracontractual —sigue diciendo este autor—, pero siempre se ha aplicado en casos en que la causa de los daños era en concreto el mal estado de las carreteras, creando con ello una situación de riesgo general que el particular no está obligado a soportar. Martínez-Cardós señala que la competencia de la Administración no puede medirse, en tema de daños causados por terroristas, con el mismo «standard» de rendimiento óptimo, como el que se utiliza para medir el estado de las carreteras. Y añade que la actuación del Estado con respecto al terrorismo sólo puede medirse políticamente, y que también políticas son las únicas responsabilidades que pueden seguirse de su actuación en este aspecto.

A la hora de formarse una opinión sobre este punto hay que tomar en cuenta el concepto que se tenga de cuál es la misión del Estado, y qué es lo que garantiza o no a sus súbditos. Desde luego, resulta algo duro estimar que cada vez que se produzca un acto terrorista dañoso para las personas exista una responsabilidad estatal por culpa (o por lesión, que es lo que defienden los administrativistas al hablar en general de la responsabilidad del Estado). Pero no lo es menos la responsabilidad objetiva que determina la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor, o la que se tiene por los hechos de otras personas a tenor del artículo 1.903 del Código civil. Vistos estos supuestos, no parece tan claro que sea absolutamente rechazable la idea de una responsabilidad del Estado en tema de terrorismo, aunque más que por culpa sea de carácter objetivo (66 ter). Con todo, es evidente que no es este el supuesto típico de responsabilidad extracontractual de la Administración, y que presenta importantes diferencias con el mismo (67). En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia en reiteradas ocasiones. La STS de 16 de noviembre de 1983, después de afirmar que la responsabilidad civil de la Administración es la máxima conquista en la configuración del moderno Estado de

(66 bis) De esa misma opinión, basándose sobre todo en la jurisprudencia, L. MARTÍN-RETORTILLO, *De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad de la Administración*, etc., en *loc. cit.*, p. 120 y ss.

(66 ter) En este sentido, MARTÍN GRANIZO, *ob. cit.*, p. 873.

(67) La diferencia fundamental de la responsabilidad extracontractual y las normas del Real Decreto 88 sobre resarcimiento del Estado por actos terroristas es algo tan obvio como que la segunda no excluye en absoluto a la primera. No se trata, como en otros supuestos de responsabilidad extracontractual, de que alguien responda por los actos realizados por otra persona (negándose la existencia de responsabilidad de esa otra persona, o al menos condicionándola a que se den ciertos requisitos), como ocurre en los supuestos previstos en el artículo 1.903 del Código civil y en el Código penal o en los artículos 41 y 42 LRJAE.

Aquí hay un responsable civil, el autor (o autores) de los hechos dañosos, que, si pudiera llegar a ser individualizado, procesado y condenado como tal, siendo solvente, sería el único que tendría que abonar la indemnización, y sin embargo, ésta circunstancia no ampara la «responsabilidad» de la administración.

Derecho, y de hacer un relato de la evolución histórica de la misma, puntualizando que no puede llevar a que el Estado responda por todo, añade algo palmario: que las víctimas del terrorismo no se producen por el normal o anormal funcionamiento de las instituciones, ya que no se trata de un riesgo creado por el Estado.

La STS de 21 de mayo de 1987 dice que no se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado —es obvio que los daños y perjuicios que se declaran especialmente indemnizables tienen su origen en hechos ajenos al funcionamiento de sus propios servicios—, sino de una muestra de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

La STS de 8 de mayo del 86 —quizá en este aspecto la más atinada— dice que el resarcimiento no constituye propiamente un caso de responsabilidad extracontractual comparable a los de los artículos 40 LRJAE y 106,2 CE; aunque luego añade que se trata de una medida asistencial de tipo extraordinario.

La equiparación de las indemnizaciones del Real Decreto Ley con las de Seguridad Social las convierte en una manifestación del principio de solidaridad, que proclama el artículo 1.º de la Ley General de la Seguridad Social que se incardina en el artículo 41 de la CE mejor que en el artículo 106,2 de la misma. Martínez-Cardós muestra su disconformidad también con esta opinión con dos argumentos. En primer lugar —razona—, las prestaciones de la Seguridad Social son el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan. En segundo lugar —añade—, no hay ligazón alguna entre la relación de trabajo propia de la Seguridad Social y el fenómeno del terrorismo.

La Jurisprudencia tiene muy claro también que no se trata de normas de Seguridad Social, y así lo dicen las STS de 24 de octubre de 1986 y la de 21 de mayo de 1987. Lo que parece indiscutible es que el artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido de 1974) (68) no prevé dentro de la acción protectora del

(68) Artículo 20: «Acción protectora del Sistema de la Seguridad Social. 1. La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.

c) Prestaciones económicas de protección a la familia, así como premios nacionales de natalidad, que se concederán anualmente.

d) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, así como las que se le otorgan en las contingencias y en las situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo.

e) Los servicios sociales a que la presente Ley se refiere, así como los que en el futuro puedan establecerse de acuerdo con la misma, en materia de asistencia, medi-

sistema de la Seguridad Social algo similar a los daños causados por los terroristas; igual ocurre con los servicios sociales a que se refieren los artículos 24 (69) y 25 (70) de la citada Ley.

Efectivamente es así, y, sin embargo, en varios extremos de la normativa sobre resarcimientos por actos terroristas se aplican normas de la Seguridad Social; cosa que, sin hacerlas participar de su naturaleza, no cabe duda de que por lo menos las aproxima.

La tercera de las soluciones que Martínez-Cardós propone, y que considera la correcta, es la de entender que las normas contenidas en el Real Decreto 88 (y los anteriores) son un *tertium genus* a caballo entre la responsabilidad extracontractual de la Administración y la Seguridad Social. Esta postura, claramente la más razonable, es la mantenida unánimemente, más o menos explícitamente, por todas sentencias del Tribunal Supremo recaídas en el tema (así las de 27-XII-88, 21-V-87, etc.).

Comparto esta opinión por más que al fin y a la postre no resulte demasiado esclarecedora. Por eso creo que puede ser útil hacer un elenco de puntos en los que la responsabilidad del Estado por los daños originados por actos terroristas se acercan a la responsabilidad civil extracontractual o a la Seguridad Social, o bien se separa de ambas siguiendo su propia vía.

Los Reales Decretos sobre resarcimientos por actos terroristas siempre han hecho referencia en sus normas a las de la Seguridad Social. Sin embargo, hay que subrayar que los extremos sujetos a ese reenvío han ido disminuyendo. En el Real Decreto del 82 (art. 3.º) se remitía a las normas de Seguridad Social y laborales en general para todo lo referente a la propia indemnización, los distintos montantes de la

cina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo, reeducación y rehabilitación de inválidos, empleo o colocación y promoción social y en aquellas otras materias en que se considere conveniente. En las cuestiones relacionadas con las materias de empleo o colocación y promoción social se establecerán las conexiones oportunas con la Organización sindical.

2. Igualmente y como complemento de las prestaciones comprendidas en el número anterior, podrán otorgarse los beneficios de la Asistencia Social.

3. La acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social».

(69) Artículo 24, Objeto. Como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, ésta con sujeción a lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo y en conexión con sus órganos y servicios correspondientes, extenderá su acción a los servicios sociales que se enumeran en el artículo siguiente y a los que puedan establecerse conforme a lo previsto en el apartado e) del número 1 del artículo 20, manteniendo para ello la oportuna colaboración con las Obras e Instituciones Sindicales especializadas en el servicio social de que se trate».

(70) Enumeración. Los servicios sociales a que se refiere el artículo anterior, serán los siguientes:

- a) Higiene y seguridad en el trabajo.
- b) Medicina preventiva.
- c) Recuperación de inválidos.
- d) Acción formativa.

misma según los daños causados. En el Real Decreto 88 sigue existiendo esa referencia, pero ahora el campo que cubre es menos: para fijar el monto de la indemnización para la incapacidad laboral transitoria, o lesiones permanentes no invalidantes, o ambas a la vez (art. 31, uno a), para la consideración de las lesiones como invalidantes o no invalidantes (art. 3.º, dos, primer párr.), y para fijar como base de las indemnizaciones el salario mínimo interprofesional vigente en el momento de producirse las lesiones o muerte.

Las indemnizaciones dimanantes de las normales de la Seguridad Social suelen consistir en una pensión. Excepcionalmente pueden también concederse como una cantidad alzada pagadera de una sola vez (71).

Las que se derivan de responsabilidad extracontractual, las fija el Juez habitualmente como cantidades alzadas, aunque en alguna ocasión también se haya condenado al pago de una pensión (72).

Los resarcimientos procedentes de actos terroristas siempre son cantidades alzadas pagadas de una sola vez (73).

La responsabilidad extracontractual trata de resarcir *cualquier tipo de daños* que se hayan causado, tanto personales (incluso los meramente morales), como los materiales; y resarcirlos enteramente. Las normas de Seguridad Social se ocupan, como las del Real Decreto de terrorismo, sólo de reparar daños de las personas, y no pretenden resarcirlos por entero sino hasta el límite que marcan sus normas.

Las pensiones devengadas por las normas de la Seguridad Social tienen una cuantía predeterminada en cada caso, que se mantiene invariable. no lo están en absoluto las cantidades pagadas como indemnización de responsabilidad extracontractual: será lo que el Juez estime en cada supuesto concreto. El Real Decreto 88 establece unas prestaciones previamente determinadas para cada caso, pero introduciendo la posibilidad de que se aumenten las cantidades hasta un treinta por ciento, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y familiares de la víctima.

Las pensiones de la Seguridad Social normalmente se conceden porque el que las recibe o sus causahabientes cotizaron en su momen-

(71) Entre estos casos podríamos citar el del artículo 136,1.º de la Ley General de la Seguridad Social (Texto refundido, Real Decreto 2.065/1974 de 30 de mayo): «La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consistirá en una cantidad a tanto alzado».

(72) Se han dado algunos casos en los que el Tribunal ha condenado a una compañía aseguradora a constituir un fondo monetario importante para subvenir con rendimiento del mismo a las necesidades de la víctima, volviendo el capital a la compañía aseguradora en el momento del fallecimiento de aquélla.

(73) Este *de una sola vez* que no es una pensión, pero sí es posible que se pague en varias veces. Por ejemplo, si en el atentado se sufren lesiones graves, se obtendrá cierta cantidad por ellas, y si después la víctima fallece a consecuencia de esas lesiones, sus familiares beneficiarios (los que existan en cada caso) tendrán derecho al abono de la diferencia de lo recibido con el monto de la indemnización por causa de muerte (Véase apartado VII).

to por ello. En los casos en que no se exige un tiempo previo de cotización, sí es preciso que exista al menos un contrato de trabajo. Para la responsabilidad extracontractual es precisa la existencia de un acto ilícito dañoso. El Real Decreto 88 no exige ninguna cotización o relación previa, aunque sí que tiene que haberse producido un acto ilícito dañoso.

En cuanto a los beneficiarios de los distintos tipos de resarcimientos hay que hacer hincapié en varios extremos.

Para recibir una indemnización por responsabilidad extracontractual es indiferente ostentar la cualidad de nacional o extranjero (74). Para tener derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, al menos en principio (75), es necesaria la condición de nacional. Para los resarcimientos del Real Decreto 88, nada se dice explícitamente en su articulado al respecto. Pero la redacción del artículo 1.º —«Serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados a *personas ajenas al delito...*»— no excluye en absoluto a los extranjeros. Lo que queda reforzado por la actual tendencia a no dar distinto trato a nacionales que a extranjeros, así como por el mismo artículo 27 del Código civil. «Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados». Y, por último, lo que creo más importante: el fin del Real Decreto consistente en paliar en lo posible los daños más graves sufridos por las víctimas de los terroristas obliga a incluir a todas las víctimas, independientemente de su nacionalidad.

El carácter de norma especial del Real Decreto, junto con su silencio sobre el tema hace complicado el tratar de averiguar si sus normas serán o no de aplicación cuando el acto terrorista hubiera tenido lugar fuera del territorio español; existen distintas variantes del supuesto:

1) Atentado realizado fuera del territorio nacional por grupos o bandas armadas españolas que cause lesiones o muerte a un súbdito extranjero.

2) Atentado perpetrado fuera del territorio español causando daños a un súbdito español, siendo los autores, banda o grupo armado también españoles.

(74) V. más adelante la matización de acuerdo a los distintos supuestos.

(75) El artículo 1 de la LGSS dice: «Derecho de los españoles a la Seguridad Social. El derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en las declaraciones III y X del Fuero del Trabajo, en el artículo 28 del Fuero de los Españoles y en el IX de los Principios del Movimiento Nacional, se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley de Seguridad Social». Pero lo cierto es que de los tratados internacionales ratificados por España se siguen una serie de salvedades, como, por ejemplo, la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que comprende también a los extranjeros sin condicionamiento alguno. Para todo lo relacionado con este tema ver *Instituciones de Seguridad Social*, M. Alonso Olea y J. L. Tortuero Plaza, 11.ª ed., Madrid, 1988, pp. 328 y ss.

3) Atentando realizado por banda o grupo armado extranjero que actuando fuera del territorio español causa daños a un súbdito español.

Desde luego, existe una regla general para las obligaciones extracontractuales dentro de las de Derecho internacional privado, la contenida en el artículo 10,9 del Código civil: «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven». La excepcionalidad de las reglas referentes a responsabilidad estatal por daños causados por bandas armadas o grupos terroristas, induce a tratar de encontrar alguna solución más flexible; lo que no chocaría frontalmente con la norma, puesto que ya he dicho que no se trata de una responsabilidad extracontractual *strictu sensu*.

De hecho, puede utilizarse la idea presente en otros Derechos cercanos al nuestro (76) que matizan la regla absoluta de sometimiento a la Ley del lugar donde ocurrió el hecho dañoso. Como ejemplo más claro de éstos podemos ver el artículo 45 del Código civil portugués, que, frente a la regla general de aplicar la ley del lugar donde se produjo el hecho dañoso, establece la excepción si las partes implicadas en el mismo tuvieren otra nacionalidad común, o, en su defecto, el mismo domicilio (77).

Sería razonable aplicar este criterio: aun realizado el hecho dañoso fuera de España y, por tanto, aplicándosele en general la ley del lugar donde ocurrió, si las dos partes implicadas —víctima y terroristas— tienen nacionalidad española, la víctima podría solicitar las indemnizaciones previstas en el Real Decreto. Para ello, además de los argumentos que he dado, puede tomarse en cuenta el fin de la norma: paliar en los casos más graves, las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas. Cuando ambos, víctima y terrorista, sean súbditos españoles parece difícil (si de verdad se trata de alcanzar el fin mencionado) privarles de la cobertura que ofrece aquélla. Si el hecho que causó los daños se produce en territorio español hay varias posibilidades:

(76) En el mismo sentido, la ley polaca de Derecho internacional privado, de 12 de noviembre de 1965, en su artículo 31: «1. Las obligaciones que no proceden de actos jurídicos se rigen por la Ley del Estado donde se ha producido el hecho generador de la obligación. 2. No obstante, si las partes poseen la misma nacionalidad y tienen su domicilio en el mismo Estado, se aplica la Ley de dicho Estado...». También la Ley federal suiza sobre accidentes de circulación, de 19 de diciembre de 1958, que somete a la ley suiza los problemas derivados de accidentes ocurridos en el extranjero cuando se trate de vehículos con matrícula suiza, si en el momento del accidente las víctimas estaban domiciliadas en Suiza, o si el viaje comenzó o debía terminar en dicho país y resultaron víctimas transportadas a título oneroso.

(77) La aplicación de esta idea en la redacción de nuestro artículo 10,9 del Código civil, fue presentada en su momento en la Comisión General de Codificación por el profesor Bercovitz, aunque sin éxito. De que debiera haberse incluido en nuestro Código civil, se muestra partidario CARRILLO SALCEDO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo T.I.; Madrid, 1978, pp. 366 y ss.

- 1) Banda o grupo agresor español y víctima española.
- 2) Banda o grupo agresor español y víctima extranjera.
- 3) Banda o grupo armado agresor extranjero y víctima española.
- 4) Banda o grupo armado extranjero y víctima extranjera.

El supuesto 1 y el 2, e incluso el 3, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, deben ser casos en que no se plantee como dudosa la aplicación del Real Decreto.

Por lo que toca al número 4, lo lógico será dar una solución congruente con las que se dan para los casos de daños de este tipo causados fuera del territorio español. Por lo tanto, si ambas partes sujetos del atentado tienen una nacionalidad extranjera común, los daños y su responsabilidad deben regirse por las leyes de aquel país. En el supuesto de que no exista esa nacionalidad común, de acuerdo con la regla del artículo 10,9 del Código civil, habría de aplicarse la ley española. pero se supone que son las reglas generales referentes a la responsabilidad extracontractual. En puridad, la obligación del Estado de resarcir los daños causados por terroristas o bandas armadas no constituye una responsabilidad extracontractual por daños, además el Real Decreto es una norma especial. Estos argumentos, a mi juicio, podrían bastar para no aplicarlo. Con todo, la cuestión es dudosa, y habrá que estar también en cualquier caso a los tratados o convenios internacionales suscritos por España que puedan afectar al caso.

Otro punto a considerar son los posibles beneficiarios del resarcimiento para el caso de fallecimiento. El Real Decreto 88 hace un elenco que acoge al cónyuge y parientes más próximos. Las normas de Seguridad Social también establecen como titulares a esas mismas personas, pero incluyendo además a otras que no entran en el Real Decreto, por ejemplo, los ascendientes de segundo grado (78). Por lo que toca a la responsabilidad extracontractual, no existe ese elenco tan cerrado, pues la indemnización corresponde a quien sufrió daño con la muerte de una persona (79).

En cuanto al procedimiento para reclamar los resarcimientos también varía. La de la responsabilidad extracontractual se realiza por la interposición de una demanda y la obtención de la sentencia correspondiente a favor de la víctima (por supuesto que no será necesaria si el causante de los daños se aviene voluntariamente a su indemnización). Para las prestaciones de la Seguridad Social y las establecidas en el Real Decreto 88 el sistema es de expediente administrativo,

(78) Desarrollando el artículo 162 LGSS, el Reglamento General de Prestaciones atribuye pensiones temporales o vitalicias a una serie de familiares consanguíneos del fallecido, nietos, hermanos, padres, abuelos (art. 40.1.e RGP).

(79) El Tribunal Supremo ha entendido legitimados para reclamar indemnización por los daños materiales y morales producidos por la muerte de una persona, no solamente a los parientes de la misma, sino incluso a personas ligadas con el causante por otros vínculos.

con posibilidad de recurrir posteriormente en vía contencioso-administrativa si se estima que lo decidido en el expediente es incorrecto. Interesa señalar que la jurisdicción ante la que corresponde en cada caso pedir no es la misma.

Para la responsabilidad extracontractual, la jurisdicción puede ser la civil, la penal o la contencioso-administrativa (80). En tema de prestaciones de la Seguridad Social la jurisdicción competente normalmente será la laboral y para el resarcimiento a causa del terrorismo lo será en cualquier caso la contencioso-administrativa.

El plazo para pedir las indemnizaciones es en principio el mismo (1 año) para la responsabilidad extracontractual que para la procedente del Real Decreto 88 (81).

La indemnización procedente de Real Decreto 88 es compatible con cualquiera otra, como dice expresamente el propio Decreto y como en general interpreta la Jurisprudencia. Lo propio no sucede con la responsabilidad extracontractual, puesto que pretende indemnizar únicamente en la medida en que ello sea necesario para compensar los daños producidos. En cuanto a las prestaciones procedentes de la Seguridad Social, el artículo 91 LGSS (82) establece el criterio general de incompatibilidades de las pensiones del régimen general de la Seguridad Social entre sí.

De este elenco de las semejanzas y diferencias de la regulación especial por daños derivados de actos terroristas con respecto a la regulación de la responsabilidad extracontractual y la de la Seguridad Social sale fortalecida la idea, antes adelantada, de que esa regulación especial constituye un tercer género. Por ello, cuando algún punto de esa regulación resulte insuficiente no será posible recurrir automáticamente ni a las normas ni a la jurisprudencia, ni tampoco a los conceptos, sobre responsabilidad extracontractual o sobre Seguridad Social. Habrá que estudiar en cada caso si la semejanza con esas figuras jurídicas justifica o no la aplicación supletoria de lo previsto para uno u otra.

(80) En el concreto tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, el problema se plantea entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa con importantes consecuencias de orden práctico. V. PANTALEÓN, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, 1985, y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentario a la STS 22 noviembre 85 en CCJC, n.º 10 y STS 2 de febrero 87 en CCJC n.º 13*.

(81) Parto de que la acción para reclamar la responsabilidad extracontractual es la misma ya haya causado el daño un ilícito civil, ya lo haya hecho uno penal. Véase al respecto la nota 51.

(82) «1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas. 2. El régimen de incompatibilidad establecido en el número anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el número 1 del artículo 136 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total» (art. 91 LGSS).

La formulación dogmática de la obligación

Por ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

La obligación en cuanto supone sometimiento del deudor a observar una determinada conducta nos introduce necesariamente en la esfera del deber jurídico. Pero, a su vez, el deber jurídico no es más que una concreta manifestación del campo mucho más amplio del deber en general, dentro del cual se sitúan los deberes morales, convencionales, sociales y de urbanidad. Un complejo haz de lazos, que impelen al ser humano en su vida de comunidad y relación intersocial a comportarse de determinada manera, rodean su actuación y lo someten, en muchas ocasiones, al eterno y crucial problema de conciliar su intrínseca libertad con el sometimiento a pautas foráneas de conducta.

No es problema fácil, ni éste es el lugar adecuado para su tratamiento, el dilucidar la exacta relación que media entre la norma y el deber. Reducir la cuestión, tal como hace, por ejemplo, Hernández-Gil, a considerar que el deber jurídico general (u obligatoriedad) expresa la idea de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas, su vigencia y realización en la comunidad social (1), posiblemente encierra una petición de principio insalvable, ya que la obligatoriedad de la regla de Derecho vendría apoyada en la idea del deber jurídico, con lo que éste se conformaría como un apriori de aquéllo y no como su consecuencia o emanación.

De todas maneras, la noción de deber jurídico nos coloca ante un tipo de situación caracterizada por la idea de subordinación o sometimiento. El concreto sujeto, afectado por el deber, se verá compelido a observar un comportamiento, sea de signo positivo o sea de matiz negativo, que en última instancia cabe referir al ordenamiento jurídico y que, en todo caso, hará referencia a su conducta exterior, a diferencia de otros deberes morales, sociales o religiosos que, aun-

(1) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, p. 58.

que puedan tener reflejo externo, no pasan de significar más que aspectos de afección en la interioridad del sujeto.

Resulta tentador que, configurado el deber jurídico bajo las notas de la subordinación y la conducta externa del sujeto que lo soporta, el paso ulterior consista en considerar que la obligación no es otra cosa que una simple manifestación o especie del género deber jurídico, paso que dan con suma facilidad buen número de autores. Así, Giorgianni nos dirá que al afirmar que en la relación obligatoria el deudor está obligado a un determinado comportamiento, lo que se asienta en realidad es que la obligación constituye un deber jurídico, algo que se deriva sin más de todo el sistema legal, en cuanto la norma impone al deudor el mandato de comportarse de modo conforme a la obligación que ha asumido (2). Parecidamente, para Hernández-Gil las obligaciones son una clase o modalidad de los deberes jurídicos, por lo que todas las obligaciones son deberes jurídicos, aunque no todos los deberes jurídicos sean obligaciones (3). Y, de manera mucho más sintética, Messineo advierte que la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico (4).

Sin embargo, no es esta cuestión tan pacífica como a primera vista pudiera parecer. Conocida es la tesis de Binder, a cuyo tenor las normas jurídicas no estarían dirigidas a los singulares ciudadanos sino a la autoridad pública que debe hacerla respetar, y en particular a los tribunales. En consecuencia, los ciudadanos no tienen deberes jurídicos, pues la norma jurídica tan sólo impone a la autoridad y a los tribunales el deber de castigar a quienes no obren de acuerdo a lo establecido en ella; y, a su vez, en el campo de las obligaciones no cabe hablar de deber o débito jurídico, pues aunque las mismas atribuyen al acreedor el derecho a satisfacerse sobre los bienes del deudor, semejante situación no puede catalogarse de deber jurídico, ya que el Derecho político, ajeno como es a invadir la conciencia humana, se desinteresa completamente de semejante afección del deudor.

Sólo la religión y la moral imponen deberes, no el Derecho, pues éste se preocupa únicamente de establecer ciertas consecuencias de los actos y omisiones humanas, y ello es así lo mismo en general que en el plano de las obligaciones. Por tanto, el deudor debe, pero no según el Derecho, sino según la religión y la moral, en razón de que de acuerdo al Derecho aquél está simplemente expuesto a las consecuencias del ejercicio del derecho de su acreedor, derecho que afecta tan sólo a sus bienes (5).

Las ideas de Binder habrían de cobrar fuerza especial en Italia

(2) GIORGIANNI: *La obligación*, Barcelona, 1958, pp. 24-25.

(3) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 59.

(4) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 9.

(5) BINDER: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1912, pp. 5 y ss.

a través del pensamiento de Brunetti. Para este autor hay que distinguir entre las normas jurídicas absolutas, que imponen propios y verdaderos deberes jurídicos, y las normas jurídicas finales, que no son normas de conducta absoluta, sino relativa, en cuanto se imponen tan sólo a las personas. Pues bien, las normas que generan las obligaciones no son normas jurídicas absolutas sino simples normas finales que no dan lugar al nacimiento de genuinos deberes jurídicos.

Para que exista un verdadero deber jurídico hace falta que la respectiva norma imponga al transgresor una pena, algo que no tiene lugar en la gran generalidad de las obligaciones civiles, ya que la transgresión de las mismas no produce otro efecto que el de permitir al acreedor realizar sobre el patrimonio del deudor el valor de la prestación que éste no ha ejecutado. Frente a los deberes que emanan de las normas absolutas, constrictivos de la actividad del sujeto en cuanto le imponen la adopción de un determinado comportamiento, los que surgen de las normas finalistas son deberes libres, en razón de que su destinatario tan sólo adoptará una concreta conducta en la medida en que desee evitar una consecuencia perjudicial o conseguir un resultado favorable; y así, las normas civiles de las que nacen las obligaciones civiles no imponen al deudor un deber absoluto de cumplimiento, sino que le impelen a cumplir sólo en cuanto quiera evitar la ejecución, por lo que, según Brunetti, el deudor siempre es libre de cumplir, eludiendo la ejecución, o de no cumplir, sufriendola (6).

También, para Carnelutti, aunque considera el débito del deudor como término correlativo del crédito de acreedor, el deudor no puede ser constreñido a prestar lo que debe al acreedor, y, en consecuencia, para poder considerar el derecho de éste como un derecho a la prestación, o sea, en una actividad del deudor mismo, hace falta, por lógica necesidad, reducir la prestación a una simple tolerancia. El débito del deudor no es sino el deber de soportar que el acreedor satisfaga su interés tomando la cosa debida del patrimonio del deudor mismo, mientras que el derecho del acreedor no consiste en algo diferente del derecho de procurarse sobre el patrimonio del deudor la utilidad implicada en la *res debita*. En suma, pues, el contenido de la obligación, en opinión del gran procesalista italiano, no consiste más que en una tolerancia (7).

Como ha escrito Pacchioni, no es posible acoger el concepto fundamental de la tesis de Binder porque el mismo se encuentra en flagrante contraste con toda la tradición romanista y germanista y con la conciencia universal que considera el Derecho y la norma jurídica

(6) BRUNETTI: «Il diritto del creditore», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1916, I, pp. 147 y ss., y 282 y ss.

(7) CARNELUTTI: *Diritto y processo nella teoria delle obbligazioni*, Padua, 1927, pp. 8 y ss.

como una fuerza fundamentalmente espiritual, ya que si bien es cierto que la norma jurídica opera en gran parte atribuyendo y disciplinando poderes humanos sobre el mundo exterior, también es verdad que opera imponiendo deberes, por lo que el concepto de deber no es, en consecuencia, un concepto exclusivo de la religión o la moral, sino que resulta común a estas disciplinas y al Derecho; a veces hay deberes exclusivamente religiosos o exclusivamente morales, como a veces se presentan deberes exclusivamente jurídicos, pero también hay numerosos casos en que los deberes son a un tiempo religiosos, morales y jurídicos (8).

Siendo muy discutible el punto de partida de Binder de que las normas jurídicas tan sólo se dirigen a la autoridad, ya que el mismo privaría al Derecho del factor de comunicación e identificación de los ciudadanos con la regla de Derecho que tan básica es en las sociedades civilizadas y, muy especialmente, en la sociedad democrática, pretender que en el campo de las obligaciones no cabe hablar de deber jurídico, en razón de que el Derecho positivo no puede invadir la conciencia humana, resulta una visión excesivamente rígida y restrictiva de la operatividad de la norma jurídica.

En efecto, el Derecho positivo no puede penetrar compulsivamente la determinación del hombre, porque éste es un campo reservado a su libre albedrío, pero no es menos cierto que la conciencia humana de la misma forma que resulta configurada por los valores morales, religiosos y culturales que en un determinado momento y medio imperan, también se modela de conformidad con las pautas que emanan de las normas jurídicas, máxime cuando éstas, cual ocurren en el campo de las obligaciones, están incorporadas también al conjunto de los valores culturales medios.

Que la obligación se resuelva en definitiva en el derecho del acreedor a satisfacerse sobre los bienes del deudor no empece en nada la idea de que precisamente semejante posibilidad existe porque de manera previa dicho deudor soportaba un deber jurídico. Prescindiendo de éste, resultaría muy difícil de justificar el poder de agresión del acreedor, en cuanto desaparece el basamento de su legitimidad, y, sobre todo, dejaría de tener sentido la posibilidad y aun necesidad, algo que olvidan los defensores de la tesis contraria a la configuración de la obligación como débito jurídico, de que la falta de actuación por parte del deudor del comportamiento comprometido no acarrea de manera mecánica la agresión indiscriminada del acreedor sobre los bienes del obligado, sino que comporta la puesta en marcha de la ejecución forzosa en forma específica de la prestación. ¿Tendría sentido ésta si se prescinde del presupuesto de que el deudor soporta un genuino deber jurídico? Cuando el acreedor puede obtener por la vía de la autoridad judicial la realización coactiva de una determi-

(8) PACCHIONI: *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, p. 23.

nada conducta que atañe al deudor, siendo indiferente a estos efectos la sustitución personal que tiene lugar, es porque dicho deudor está compelido jurídicamente a observar el comportamiento que se exige. A ello se le puede llamar o no deber jurídico, pero en la hipótesis negativa resultará tarea imposible diferenciarlo con nitidez de los propios y verdaderos *debiti iuris*.

Pretender que tan sólo la religión y la moral imponen deberes, mientras que el Derecho se limita a sancionar determinadas desviaciones en el comportamiento humano, es algo cercano a una *contradictio in adiecto*, puesto que escasamente tendría sentido y justificación la reacción jurídica si no estuviera precedida de la violación de un deber jurídico. Es más, precisamente la noción de deber tiene mayor contenido y sustancia en el ámbito de lo jurídico que en los de lo religioso y lo moral, porque su vulneración pone en funcionamiento de manera visible y obligada los mecanismos sancionadores.

Por otra parte, no deja de resultar paradójico y antihistórico que se pueda afirmar que el deudor debe no según el Derecho, sino según la religión y la moral (algo que, sin duda, pondría hartamente contentos a multitud de deudores), porque ello provoca el doble y extraño efecto de, por un lado, retornar a etapas de confusión entre el *fas*, las *boni mores* y el *ius* que el progreso humano ha superado hace siglos, y, por el otro, de que en aquellas etapas primitivas en que la *obligatio* era entendida en su sentido corporal más estricto habría tenido una configuración jurídica innegable, configuración que hoy se le niega al haber experimentado el beneficioso y alabable cambio de su espiritualización, mediante la consagración de la exclusiva responsabilidad patrimonial del obligado. Que la obligación hubiera de ser deber jurídico cuando constituía una atadura material y que no lo sea cuando ha pasado a ser *vinculum iuris* es algo que pugna con la inexcusable racionalidad del pensamiento jurídico y se ubica en el dudoso campo del *credo quia absurdum est*.

Tampoco la construcción de Brunetti resiste la crítica rigurosa. En efecto, distinguir entre normas jurídicas absolutas y normas jurídicas finales, y entre deberes jurídicos y deberes libres en base a la existencia o no de una pena para el transgresor de los mismos, es una visión de las cosas que escasamente se acerca a la realidad del mundo jurídico. Deberes jurídicos y deberes libres no pueden ser dos especies diferenciadas y antagónicas del género deber porque la segunda encierra en su propia formulación una contradicción insalvable o una redundancia: la de que la idea de libertad no puede compaginarse con la de deber, o la de que al tratarse en todo caso de deberes que tienen por destinatario al hombre, libre por naturaleza, los mismos han de asumir la forma de voluntarios; por lo que hablar de deberes libres no pasa de ser una tautología.

Pero es que cabe hacer otra consideración. Si se estima que la norma absoluta es fuente de propios y verdaderos deberes jurídicos,

en cuanto conmina con una pena al incumplimiento, mientras que la norma final, cual es la generadora de obligaciones civiles, no incluye la pena en caso de incumplimiento sino tan sólo consecuencias perjudiciales o la no consecución de determinados resultados favorables, no hay forma de separar con nitidez y precisión ambas categorías de reglas jurídicas, en primer término, porque no es riguroso distinguir, al objeto de dotar de distinta naturaleza a la norma y configurar dos variedades inconfundibles de deberes, entre sanciones que adopten la forma de pena y sanciones que se manifiesten de otra manera (*ad exemplum*, la obligación de resarcir el daño derivado del incumplimiento obligacional), en razón de que en teoría general a la infracción de la norma siempre corresponde genéricamente la idea de sanción; y en segundo lugar, según ha advertido Pacchioni, porque debería reconocerse que las normas que provocan el nacimiento de las obligaciones civiles son normas imperativas y dan lugar a verdaderos deberes jurídicos, ya que el resarcimiento del daño, a que está sujeto el deudor incumplimente, sea o no sea una verdadera y propia pena en sentido técnico, constituye realmente una pena (9).

Considerar que las normas de las que nacen las obligaciones civiles no imponen al deudor un deber absoluto de cumplimiento, sino que le impelen a cumplir sólo en cuanto quiera evitar la ejecución sobre sus bienes, es un simple juego de palabras y pretende establecer una distinción sin diferencia apreciable, porque ninguna norma jurídica impone un deber absoluto de cumplimiento desde el ángulo de su efectividad, en cuanto todas van dirigidas a sujetos libres que pueden adoptar cualquier determinación (en este sentido la norma que prohíbe matar no es más absoluta que la que impone el cumplimiento de los contratos concertados), y porque desde el ángulo de su formulación ninguna norma jurídica deja de entrañar un deber absoluto, pues es obvio que al implicar su incumplimiento una sanción del tipo que sea rige la circunstancia de que el poder público y la conciencia social colectiva consideran deseable y conveniente que el mandato jurídico sea obedecido antes que tener que ocurrir al castigo de la conducta rebelde.

Que el deudor sea libre de cumplir la obligación, evitando, de esta manera, la ejecución, o de no cumplir, soportando la misma, no es algo que distinga este tipo de deber jurídico de cualquier otro. Todo deber puede ser ignorado, desconocido o violado por el sujeto afectado, so pena de confundir las leyes humanas, voluntarias y libres, con las leyes de la naturaleza, necesarias y automáticas; por lo que tampoco bajo este aspecto cabe detectar matiz diferencial alguno. Que el destinatario de la norma que prohíbe robar sea libre de cumplirla y evitar la imposición de la pena, o de no cumplirla, sufriendo la misma, no es un tipo de construcción dogmática que per-

(9) *Ibid.*, pp. 25-26.

mita una diferenciación sustancial con el supuesto del deudor que adopte una u otra forma de comportamiento, ya que en ambos casos nos encontramos ante sujetos libres y en los dos también el incumplimiento del deber acarrea consecuencias sancionadoras o negativas.

Cuando la ley dispone, escribe Pacchioni, que los contratos son exigibles o que el daño culpablemente causado ha de ser resarcido, no se limita a decir al que ha contratado o producido el daño: si no cumples la obligación, cosa para mí indiferente, yo acordaré al acreedor la satisfacción sobre tu patrimonio; sino, al contrario, interpretando la conciencia social y satisfaciendo una verdadera necesidad de la colectividad, basada sobre el precepto religioso y moral que induce al deudor a cumplir, genera en él un deber que, en cuanto proviene de una norma jurídica, en suma, no se limita a crear un derecho a favor del acreedor, sino que hace surgir también un deber jurídico en el deudor (10). Llamar a este deber libre y pretender su exclusión del ámbito de las categorías jurídicas parece un intento condenado *a priori* no sólo por los requerimientos dogmáticos mínimos del Derecho, sino también, lo que es mucho más importante, por la conciencia social y las exigencias colectivas.

También la formulación de Carnelutti, aunque por otras vías, viene a incidir en la misma consideración negativa. Como parte del apriori gratuito o indemostrado de que el deudor no puede ser constreñido a prestar lo que debe al acreedor, si se quiere considerar el derecho de éste como un derecho a la prestación se impone, asimismo, reducir dicha prestación a una mera tolerancia: el acreedor obtendrá la satisfacción de su derecho en la medida y manera en que al deudor le apetezca ejecutar lo que debe.

Empero, no es cierto, cual pretende Pacchioni, que la construcción de Carnelutti tornaría imposible la distinción entre la obligación civil, en cuanto instituto fundamental del Derecho patrimonial, y la propiedad y los restantes derechos reales, pues una cosa que en éstos exista una obligación pasiva universal (en el supuesto de que semejante noción resulte admisible) que lleva a los terceros a no interferir en su ejercicio, y otra, particularmente diferente, que un concreto sujeto, el deudor, esté compelido respecto a otro, el acreedor, a la realización de un determinado comportamiento. Lo que sucede es que Pacchioni aprovecha la fórmula de Carnelutti para denunciar una presunta identificación en el ámbito de los derechos patrimoniales y para recriminarle que, habiendo defendido la separación entre derechos de crédito y derechos reales, venga, en definitiva, a reconocer implícitamente la radical e inaceptable teoría del mismo Pacchioni de que «todos los derechos subjetivos son reales».

El pensamiento de Carnelutti parece olvidar el cardinal principio en la esfera del moderno Derecho de obligaciones de la ejecución

(10) *Ibid.*

forzosa en forma específica de los débitos y la exclusión en la normativa actual del apotegma medieval (aquí sí más romano que romanista) *nemo ad factum cogi potest*, circunstancias que permiten al acreedor obtener la satisfacción de su derecho en la forma originariamente contemplada, mientras la prestación sea posible y por más que el deudor rehuya el cumplimiento voluntario, e impiden al deudor eludir la realización de la conducta comprometida, cuando por ser ésta fungible pueda suplirse mediante la intervención de otra persona que cubra a cabalidad y con plena satisfacción del acreedor al programa prestacional contemplado.

En consecuencia, la ejecución de la prestación debida no es algo que quede al mero arbitrio o capricho del deudor, idea que excluiría la existencia de un verdadero deber jurídico, sino algo que el deudor ha de realizar y el acreedor tiene derecho a reclamar. Reducir la prestación a una simple tolerancia no es ver más que la superficie del fenómeno y no advertir que cuando un deudor compromete una determinada conducta, de la misma manera que el acreedor está legitimado y ostenta derecho para reclamárselo *in specie* mientras estamos en la etapa del cumplimiento obligacional, así también él mismo queda sujeto a realizar dicho comportamiento tal como quedó establecido o ha sido contemplado por la ley. Que en determinadas circunstancias y dados precisos requisitos el resarcimiento del daño irrogado sustituya al cumplimiento voluntario o forzoso, no es algo, según hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar, que cambie de manera sustancial las cosas, porque, en principio, la presencia de aquél no depende exclusiva y permanentemente de la mera voluntad del deudor (11). Aquí también, una vez más, habrá que recordar la exacta y clasificadora apreciación de Giorgianni en el sentido de que «la hipótesis más clara de incumplimiento definitivo viene dada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación» (12).

No parece, por tanto, que sea posible ubicar la obligación fuera del ámbito dogmático del deber jurídico, pero con ello no se avanza sustancialmente en su conformación conceptual, pues el campo de los deberes jurídicos es tan amplio y confuso que no sirva por sí solo para delimitar con nitidez dentro de él las diversas especies que lo integran el simple recurso de acudir a la nota de la juridicidad como característica de la relación obligatoria.

Quizá el hecho de que la conceptualización de la obligación no se presente fácil ni clara bajo la exclusiva óptica del deber jurídico que soporta el deudor, haya inducido una parte importante de la doctrina científica a intentar aquel objetivo a través del otro camino posible, el de la posición del sujeto activo de la relación obligatoria:

(11) CRISTÓBAL MONTES: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pp. 208-209.

(12) GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milán, 1959, p. 169.

el acreedor. Si el deudor afectado por el vínculo ha de observar un determinado comportamiento en provecho del acreedor, cuya realización provoca la satisfacción del interés jurídico de éste, puede tener sentido adentrarse en el piélago de la obligación de la mano de ese otro sujeto que aparece como destinatario de la acción del deudor y que, en definitiva, constituye el punto de referencia final y justificativo del programa prestacional contemplado por las partes.

La primera pregunta que se plantea es la de si el acreedor será titular de un genuino derecho subjetivo, esto es, si la posición activa que ostenta en el seno de la relación obligatoria permite concluir que a su favor existe un derecho de crédito, a cuyo tenor resultará legitimado para actuar de una determinada manera frente a un deudor sujeto por la vinculación que importa el deber jurídico. Los obstáculos que de manera espontánea surgen frente a una concepción de este tipo son formidables y, al menos en una inicial impresión, parecen muy difíciles de debelar y aun de sortear.

En efecto, aunque la dogmática del derecho subjetivo haya sufrido severas compulsiones y conocido toda suerte de planteamientos, controversias y negaciones, no parece a estas alturas que la genial formulación de Savigny de considerar al mismo como «señorío de la voluntad» pueda ponerse en entredicho. Ahora bien, de la misma manera debe considerarse que así como en su primigenia formulación romana la relación obligatoria pudo entenderse cómo poder sobre la persona misma del deudor, en cuanto suponía o podía suponer la sujeción corporal y la disponibilidad de la persona del obligado, semejante configuración deja de tener sentido desde el momento en que el vínculo se entiende como afección de los bienes del deudor. Esta última circunstancia, que acompaña a la obligación durante la mayor parte de su historia y, desde luego, concurre a la plasmación del formato moderno de la misma, tiene necesariamente que tomarse en cuenta a la hora de intentar la precisión dogmática del derecho cuya titularidad ostenta el acreedor.

El propio Savigny percibirá el problema, señalando que de la misma manera que las servidumbres prediales restringen la libertad natural del dominio, así también las obligaciones limitan análoga libertad natural de las personas, y, en consecuencia, uno y otro tipo de limitación a la libertad natural no pueden ser reconocidas y protegidas legalmente más que en base a necesidades reales de relación, de negocios. Es por ello que la relación legal entre dos personas en la que una aparece como parcialmente privada de libertad es lo que se designa con el término latino *obligatio* (13).

Es decir, el señorío jurídico del acreedor no puede tener por objeto la persona del deudor, en cuanto al ser éste libre por definición semejante sometimiento supondría su cosificación, su necesaria reduc-

(13) SAVIGNY: *Le Droit des obligations*, I, París, 1873, pp. 9 y ss.

ción al estado de *servus*. Lo máximo que cabría considerar es que el poder del acreedor se circunscribe a determinados actos o comportamientos del deudor que quedarían sustraídos al ámbito de su libertad natural para pasar a estar bajo la férula del titular del derecho de crédito.

La imagen es, empero engañosa, pues en ningún caso cabe reconducir el supuesto de la relación obligatoria al del derecho real de servidumbre. La libertad de la propiedad no es equiparable a la libertad de la persona, y cuando bajo el influjo de esa falaz imagen Savigny afirma que en la *obligatio* la persona del deudor se encuentra parcialmente privada de libertad, comete el error de marginar la idea de que la libertad humana es indivisible, inmutable e irrecortable, reconduciendo el campo de la personalidad al instrumental ámbito de las cosas y las relaciones de dominación establecidas sobre las mismas.

Que el dominio de los predios se presuma libre y, por tanto, que las servidumbres a ellos referidas supongan una restricción a las facultades del propietario, en el sentido de que tendrá que tolerar, dejar de hacer o, incluso, hacer algo a favor del titular del derecho real de servidumbre, es algo que no se presenta de manera inmediata y directa, sino más bien en forma consecuencial e indirecta, en cuanto semejantes afecciones a la libertad del propietario no son otra cosa que el mero reflejo del señorío que el beneficiario de la servidumbre ostenta sobre la finca objeto de la misma.

En cambio, bajo esa engañosa e inaceptable imagen de la aproximación entre la propiedad y la persona del deudor éste vería mutilada de manera frontal su natural e intangible libertad, en razón de que aquí también el acreedor estaría facultado para actuar de determinada manera sobre una esfera correspondiente a la ajena personalidad. De admitirse que la obligación limita la libertad natural de la persona del deudor, debería concluirse también que el acreedor, en alguna medida y manera, ha quedado legitimado para actuar sobre la persona del deudor, en cuanto en sus manos estaría el devolver o no a éste la integridad del goce de su libertad. Con semejante concepción poco habríamos adelantado en la configuración espiritualista del vínculo obligatorio y la vieja concepción materialista romana nos retornaría por la ventana después de haberla expulsado por la puerta.

Los actos, el comportamiento del deudor es tan libre como su propia persona, o, mejor todavía, la libertad del hombre no es otra cosa que la proclamación de un estado anímico a través de la realización de actos espontáneos e incoercibles; por lo que de ser esto así difícilmente cabrá hablar de que el derecho del acreedor consiste en un señorío sobre la conducta del obligado, pues ésta no está sometida a otra determinación que la soberana e inmanejable voluntad de su *actor*.

Como dice Barassi, el acreedor, a diferencia del titular de un derecho real, no tiene un directo contacto con la materia bruta, algo que introduce muy severas limitaciones a la hora de pretender implantar la potencia autónoma de su voluntad. Ello determina que la juridicidad del «derecho a la prestación» vaya a tropezar fatalmente con un obstáculo formidable: la conducta positiva o negativa del deudor es incoarcible, y si el derecho es coacción, en este punto los autores se encontrarán perplejos ante la teoría tradicional o clásica del derecho subjetivo como expresión de la señorial voluntad de su titular (14). La objeción es importante, pues si el derecho subjetivo se configura como señorío y semejante poder no es susceptible de actuar sobre lo que constituye su objeto o punto de referencia (la conducta del deudor), en cuanto el mismo forma parte del círculo natural incoercible de la persona, no es que el sedicente derecho de crédito quede desfigurado, sino que, la que resulta muchísimo más grave, es la categoría misma del derecho subjetivo la que queda en entredicho, al naufragar, nada más y nada menos, que una de las más básicas y características especies del derecho subjetivo: la de los derechos de crédito u obligación.

Ante tales objeciones, ante la constatación de que no es correcto hablar de que el derecho del acreedor constituya un derecho a la o sobre la prestación, los autores intentan encontrar un punto de apoyo más consistente y riguroso para el derecho de crédito. Una de las reacciones más radicales la ha protagonizado Barbero, hasta el punto de excluir los créditos del ámbito de los derechos subjetivos patrimoniales, categoría ésta que englobaría tanto a los derechos reales o absolutos como a los derechos personales o relativos, pero no a los créditos.

Según tan peculiar construcción del civilista italiano, el crédito se distingue del derecho subjetivo en que mientras éste comporta un *agere licere* del sujeto sobre el objeto de la relación, aquél no supone más que una «expectativa tutelada de la consecución del objeto por la prestación del deudor.» El acreedor no puede conseguir por sí mismo, por acto propio, la satisfacción que el ordenamiento jurídico le atribuye, salvo defenderse contra la «acción» si el deudor no cumple.

Ahora bien, el dirigirse al ordenamiento jurídico, ejercitando la acción en defensa del crédito vinculado, no significará tomarse la satisfacción debida, sino pedir a dicho ordenamiento, tutor de la observancia de sus propios mandatos, que tome el equivalente de él del patrimonio del deudor y lo entregue al acreedor. Y mientras en la correlación «derecho subjetivo-deber genérico de los terceros», el acento recae sobre el primer término como aquel con cuyo ejercicio (ejercicio del derecho) se obtiene la satisfacción, en la correlación «crédito-

(14) BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1048, p. 21.

débito,» el acento recae sobre el término «débito,» de cuyo cumplimiento se espera la satisfacción del interés tutelado (15).

Se trata de una posición extrema que trata de resolver el problema eliminando el problema. Si el derecho de crédito tropieza con dificultades para ubicarse con comodidad dentro de la concepción tradicional del derecho subjetivo como «señorío de la voluntad,» neguemos al mismo la categoría del derecho subjetivo y coloquémoslo como una especie distinta de esta última, siquiera no se sepa bien cuál sea su exacta naturaleza, pues el hecho de situar los créditos fuera de la esfera de los derechos subjetivos patrimoniales posiblemente nos evite el tratamiento de los problemas que esta categoría de relaciones jurídicas comporta, pero no nos hace avanzar un paso en la determinación de la *substantia iuris* de esa nueva y singular variedad jurídica.

Los primeros pasos tendentes a encontrar una caracterización del derecho de crédito que obviase los inconvenientes que planteaba su encaje dentro de la dogmática tradicional del derecho subjetivo, inconvenientes que habían llevado a algún autor a considerar que el derecho del acreedor sobre los bienes de su deudor debía considerarse como un propio y verdadero derecho real, posiblemente los dio, aunque con timidez, Polacco. Para este autor el derecho de crédito es un derecho personal que tan sólo en su fase ejecutiva cambia de objeto; es decir, el vínculo obligatorio que al constituirse constriñe y limita únicamente la voluntad del deudor, pero sin destruirla, en el estadio ejecutivo se traslada sobre el patrimonio del mismo y lo vincula al objeto de la satisfacción del crédito, aunque sin cambiar su naturaleza, ya que nunca llega a perder su primigenia condición de derecho personal (16).

Se trata de una construcción híbrida que intenta salvar la sustancia de la teoría tradicional que ve en la obligación una simple relación jurídica entre acreedor y deudor, evitando algunos de los obstáculos que plantea la circunstancia de que sea la persona de este último o su conducta o comportamiento la que queda sometida al poder jurídico del primero. Lo que sucede es que no logra conciliar ambas situaciones y da lugar, incluso, a problemas mayores que los que pretende resolver.

En efecto, ¿cabe aceptar que una relación jurídica pueda cambiar de objeto sin mutar su naturaleza, cuando es precisamente el punto de referencia objetivo de la misma el que determina cuál sea su *substantia iuris*? Si se admitiera que la vinculación de los bienes del deudor al poder del acreedor tan sólo tiene lugar cuando el derecho de crédito entra en su etapa ejecutiva, ¿no equivaldría ello a que, al menos en ese momento, la relación obligatoria es configurada de una manera muy próxima al derecho real? Y sobre todo, de ser las cosas

(15) BARBERO: *Sistema del Derecho privado*, I, Buenos Aires, 1967, pp. 175-176.

(16) POLACCO: *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, I, Roma, 1914, pp. 68-69.

tal como pretende Polacco, ¿cómo podrían entenderse aquellos preceptos de los ordenamientos civiles (en el nuestro el art. 1.911, C.c.) que disponen que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos los bienes, presentes y futuros»?

Prescindiendo, en este lugar, de la construcción jurídica que configura la estructura de la obligación sobre la base de los dos elementos del débito y la responsabilidad, lo cierto es que si el acto del cumplimiento de la relación obligatoria, supuesto natural, ordinario, mecánico en la vida de la misma y vía normal para la satisfacción del derecho del acreedor, va indisolublemente ligado al patrimonio del deudor, resulta muy difícil de entender y de aceptar ese trasiego de la persona del obligado a sus bienes a la hora de intentar la ejecución del derecho y esa distinta configuración del mismo según se contemple en su fase estática o en su fase dinámica. Un derecho que sin dejar de ser siempre el mismo pasa de la persona del deudor a su patrimonio en cuanto punto de referencia objetivo y oscila, sin que resulte afectada su naturaleza, entre los derechos personales y los derechos reales, no es, precisamente, un modelo de nitidez y una categoría que pueda presentarse en forma clara y diferenciada.

Aunque de manera más matizada, también Gaudemet considera que por más que la obligación supone un lazo entre dos personas, acreedor y deudor, implica al mismo tiempo un derecho sobre los bienes del deudor, hasta el punto de que toda la historia de la obligación es la historia del progreso del segundo carácter (valor) sobre el primero (vínculo): se la considera cada vez más como un valor, como un compromiso de los bienes, y su carácter de vínculo entre dos personas, sin desaparecer, pierde cada vez más fuerza, tanto desde el punto de vista de su importancia, cuanto de sus efectos. En su opinión, el crédito y la deuda modernos son una relación entre dos patrimonios, al mismo tiempo y de manera más significada que entre dos personas (17).

Sin desconocer que en la historia de la obligación la vinculación del deudor al poder del acreedor ha cambiado de signo al marginarse progresivamente la idea de sujeción o servidumbre corporal que entrañaba el originario instituto de la *obligatio*, lo que no cabe es considerar que la persona del deudor puede resultar negada, desconocida o marginada en un tipo de relación que se caracteriza precisamente por entrañar su vinculación jurídica respecto a una determinada pretensión del acreedor. Hablar de compromiso de los bienes es una quimera, pues sólo las personas comprometen y no las cosas, y pretender una relación jurídica entre dos patrimonios es, sencillamente, una imposibilidad, o si, se prefiere, acto de taumaturgia innecesario e irrelevante, porque la aceptación de semejante teoría implicaría, de manera necesaria, la personificación de los patrimonios vinculados, con lo

(17) GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*, París, 1965, pp. 12-13.

que, en definitiva, siempre estaríamos ante una relación jurídica protagonizada por dos sujetos, por más que ahora nos tropezamos con la anodina e injustificable circunstancia de que los mismos en lugar de ser personas físicas se presentarían como personas jurídicas.

El pretender derivar del hecho de que en el más antiguo Derecho romano el derecho del acreedor sobre el *nexus* fuese «casi un Derecho real sobre la persona» la conclusión de que en el Derecho moderno pueda considerarse el crédito como un «derecho sobre los bienes del deudor menos enérgico que el derecho real,» aparte de generar un dudoso y problemático *tertium genus* entre los derechos personales y los genuinos y propios derechos reales, presenta el inconveniente de que introduce un factor de artificiosidad histórica que no cabe derivar del desarrollo de las obligaciones a través de los siglos, porque una cosa es que en dicha secuencia histórica se haya ido acentuando la patrimonialidad del vínculo obligatorio y otra, particularmente diferente, que las personas de los sujetos involucrados por el lazo jurídico hayan sido sustituidas y ni siquiera postergadas por sus respectivos patrimonios. Amén de que, como hizo notar en su día Pacchioni, se tiene la impresión de que el civilista galo citado roza el verdadero (?) concepto de la obligación (tal como se pensaba fluía de las investigaciones germánicas de comienzos de siglo,) sin atreverse a extraer de él todas las consecuencias lógicas (18).

En realidad, semejantes planteamientos objetivistas de la obligación arrancan de Brinz, que, a finales del siglo pasado y a los efectos que ahora nos interesan, hizo notar que la actividad del deudor en el instante mismo en que tiene lugar su plasmación no puede constituir objeto de un señorío del acreedor porque es un fogonazo instantáneo que carece de proyección y se agota en sí misma, mientras que en un posterior momento tampoco puede devenir objeto, ya que se trata de algo incapaz de trascender de la estricta esfera anímica del obligado.

La construcción del jurista germano se apoya sobre dos ideas fundamentales. En primer término, el patrimonio constituye una sola cosa con su titular, y, en consecuencia, la responsabilidad únicamente puede afectarle en cuanto exista la persona, por lo que la *personae obligatio* tan sólo se mantiene mientras subsisten en el patrimonio los bienes destinados a satisfacer al acreedor. Y, en segundo lugar, el «deber de presentación» tiene una importancia secundaria y no pasa de ser un deber hipotético; el deudor debe prestar si no quiere incurrir en responsabilidad, esto es, el crédito no es más que una fase preliminar de la responsabilidad, debiendo apoyarse de manera fundamental en esta segunda noción el concepto de obligación.

Sobre estas premisas, que constituyen, nada más y nada menos, qué el origen de la célebre y manoseada doctrina de la distinción

(18) PACCHIONI: *Delle obbligazioni...*, *op. cit.*, p. 45.

entre el *debitum* (*Schuld*) y la *obligatio stricto sensu* (*Haftung*), elabora Brinz su peculiar concepción de que la obligación es sustancialmente un derecho sobre el patrimonio del deudor, de manera tal que no constituye un «deber» sino un «estado de subordinación», que en lugar de crear una sujeción de la voluntad genera una responsabilidad, esto es, la subordinación del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor para que se materialice en el supuesto de que tenga lugar el incumplimiento de la relación obligatoria: el acreedor, en suma, tendrá por objeto de su derecho el patrimonio del deudor (19).

En presencia de una obligación, pues, el poder que ostenta el acreedor no incide sobre la persona del deudor ni sobre su actividad o comportamiento sino sobre sus bienes, sobre su patrimonio. Ahora bien, ello presupone, tal como se acaba de ver, que dicho patrimonio ha de conformarse como una unidad, como un objeto único; mas, si como no puede ser de otra manera, los diversos acreedores que soporten un deudor tendrán todos como objeto de sus respectivos derechos de crédito el mismo objeto (el patrimonio del deudor), resultará que, indefectiblemente, éste vendrá a constituirse en la garantía común de todos ellos.

Ya la jurisprudencia y la práctica del *ius commune* habían concedido la responsabilidad patrimonial del deudor como una hipoteca *omnium bonorum*, pues al no estar establecido legalmente en aquel momento la afección de todos los bienes presentes y futuros al cumplimiento de las obligaciones, semejante ausencia se subsanaba mediante la conclusión de un pacto especial entre acreedor y deudor que venía a tener la configuración y a producir los efectos de una hipoteca general (20).

El peso histórico de semejante tradición y la falta de rigor dogmático en esa materia por parte de los redactores del *Code Napoléon* determinaron que en el artículo 2.093 de dicho Cuerpo civil se estableciera que «los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores,» circunstancia que ha llevado a la doctrina francesa, tan respetuosa y tan apegada a la letra de su Código, a sostener que los acreedores tienen un *droit de gage* sobre los bienes de sus deudores.

La concepción no está exenta de cierta lógica. Si todo el patrimonio del deudor constituye el objeto del derecho del acreedor, parece natural que esta unidad del objeto y la «cosificación» del mismo conduzcan a estimar que dicho derecho se tipifica como un derecho real de garantía e, *in concreto*, como un derecho real de prenda. Tal es la posición, por ejemplo, de Rocco, para quien el derecho del acree-

(19) BRINZ: «Der Begriff der Obligatio», en *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht Gegenwart*, I, 1874, pp. 11-40.

(20) DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 364.

dor sobre los bienes del deudor constituye un verdadero y propio derecho de prenda, por más que se trate de una prenda genérica, en cuanto abarca todo el patrimonio del obligado, que sólo se activa cuando ante el incumplimiento obligacional se hace precisa la ejecución, y que resulte común a todos los acreedores de un mismo deudor, de manera tal que no es susceptible de generar preferencia alguna entre ellos (no afecta a la *par condicio creditorum*) ni faculta para la persecución *erga omnes* de los bienes que lo integran (21).

El efecto inicial se halla en la idea de considerar el patrimonio como una unidad objeto de derecho. El patrimonio es tan sólo una unidad conceptual o jurídica que en ninguna oportunidad (ni siquiera en la sucesión *mortis causa*) el ordenamiento contempla como referencia objetiva de un derecho subjetivo, y que, en cuanto no es otra cosa que la reunión siempre fluctuante y viva de las titularidades jurídicas de contenido económico que corresponden a una persona, no resulta susceptible de encajar dentro del estricto mecanismo de las relaciones jurídicas individualizadas.

Conjunto, en suma, de los derechos reales y de crédito pertenecientes a un determinado sujeto, no puede ser, a su vez, objeto de un nuevo derecho, porque ello daría lugar a la artificialidad de estimar que existen derechos subjetivos de primero y de segundo grado y porque implicaría la imposible reducción de una pluralidad heterogénea de titularidades a una unidad superior, de naturaleza imprecisa, de cometido dudoso y de justificación inexplicable.

Que los bienes del deudor constituyan la prenda común de sus acreedores (*ad exemplum*, art. 1.864 C.c. vene.), no es más que una forma gráfica de hablar, ayuna de rigor y precisión dogmáticas. No significa otra cosa que la prescripción de que llegado el momento de la ejecución forzosa (*in natura* o *in genere*) de la relación obligatoria todos los bienes del deudor quedan afectos a la misma, repitiendo, con otros términos, la responsabilidad patrimonial universal que es propia de la fase ejecutiva de las obligaciones.

Forma incorrecta de expresarse la ley, que ella misma, en el propio precepto, se encarga de contradecir, pues si, por ejemplo, el artículo 2.093 del Código civil francés establece que el precio de los bienes del deudor se distribuye entre sus acreedores «a prorrata, a menos que haya entre los acreedores causas legítimas de preferencia,» o a tenor del artículo 1.864 del Código civil venezolano los acreedores tienen en los bienes del deudor «un derecho igual, si no hay causas legítimas de preferencia,» ¿cómo conciliar la supuesta garantía con el régimen de igualdad que de ella dimana?

Si se tratara de un genuino derecho de prenda debería provocar

(21) Rocco: «Studi sulla teoria generale del fallimento», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1910, 1, pp. 669 y ss.; y «La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1910, 1, pp. 682 y ss.

algún tipo de preferencia, porque ése es uno de los aspectos básicos y caracterizadores de los derechos reales de garantía, hasta el punto de que hablar de prenda y de trato igual de los supuestos beneficiarios de la misma respecto a los restantes acreedores es, *sic et simpliciter*, una contradicción insalvable. Si se alegare, intentando en vano superarla, que por tratarse de una garantía que se dispensa a la totalidad de las acreencias tiene que dar lugar al tratamiento igualitario de las mismas, forzoso sería contestar que para semejante resultado no hacía falta la instauración de tan peculiar régimen de afección real supuestamente privilegiado, ya que el mismo viene establecido por la aplicación mecánica del primordial principio de la *par condicio creditorum*.

Ver en el derecho de crédito un derecho real de prenda sobre el patrimonio del deudor conduce a situaciones paradójicas e inadmisibles de acuerdo a los requerimientos mínimos de la dogmática civil. Así, un mismo derecho sería a la vez y sin solución de continuidad derecho de crédito y derecho real, ente garantizado y ente de garantía, titularidad recayente, al mismo tiempo, sobre la *res debita* y los *omnia bona* del deudor. A no ser que se quiera considerar que el derecho de crédito nacido como personal se muta en real a la hora de su ejecución, transmutación mágica que no tiene precedentes, justificación, ni vehículo jurídico adecuado, y que, además, resultaría por completo estéril y superflua, ya que el acreedor, supuestamente gratificado con semejante conversión, no vería reforzado, promocionado o favorecido en un ápice su originario derecho. Provocar tal «cataclismo» jurídico para regresar en las mismas condiciones al punto de partida sería una forma poco seria e irresponsable de utilización de las categorías y mecanismos jurídicos.

Aparte de que semejante configuración del derecho de crédito como derecho de prenda conduciría irremediablemente a otras contradicciones jurídicas insoslayables, tales como la inconciliabilidad entre la naturaleza real atribuida al vínculo y la no preferencia entre los diversos créditos en función de la fecha de aparición de la supuesta garantía que los mismos entrañan, ya que todos ellos serían contemplados en plano de igualdad a la hora de ejecutar los bienes del deudor (exclusión del cardinal principio en el ámbito de las titularidades reales *prior tempore potior iure*), así como la negativa a aceptar que todo acreedor y por el simple hecho de serlo pueda perseguir en manos de terceros cualquiera de los bienes del deudor, porque ésta es otra de las facetas típicas y caracterizadoras de todo derecho real de garantía: la posibilidad de hacerlo valer contra terceros poseedores.

Si el supuesto derecho de prenda aparece despojado, pues, tanto del *ius prelationis* como del *ius persecuendi*, y no se acierta a ver qué finalidad y sentido tendría el atribuirle semejante caracterización al derecho de crédito, ya que jurídicamente resulta por completo irrelevante, no parece razonable insistir sobre algo que, aparte de pugnar

con exigencias conceptuales básicas, no implica ningún reforzamiento o mejoría de la posición jurídica del acreedor. No siquiera tiene sentido afirmar, tal como hace Pacchioni, que si bien no se trata de un propio y verdadero derecho de prenda, cabe considerarlo como un derecho de garantía *sui generis*, que extrae su particular fisonomía de las especiales disposiciones positivas que lo disciplinan, (22) pues, en primer lugar, sabido es que nominar una determinada figura jurídica como *sui generis* es una forma de eludir el problema y de evitar comprometerse, y, en segundo término, que por más que se califique al crédito de esa manera siempre se tratará de un derecho real de garantía, y esta connotación tiene unas implicaciones y debe producir unas consecuencias que no se advierten en forma alguna en el supuesto que nos ocupa.

El mismo Pacchioni ha intentado dulcificar algunas de las aristas más llamativas que la aceptación de semejante categoría acarrea. En su sentir, hay que tener en cuenta dos períodos de tiempo bien distintos: el período que se inicia con la constitución del crédito y el que arranca con el incumplimiento del deudor constatado en forma legal. En el primero de ellos el derecho del acreedor tiene el carácter de un control gestorio, ya que aunque el deudor continúa como titular de su patrimonio se halla controlado en la libre disponibilidad y administración del mismo en base a la circunstancia de que dicho patrimonio constituye la común garantía de sus acreedores. En consecuencia, aunque podrá disponer de los derechos patrimoniales, sólo estará facultado para hacerlo en cuanto no perjudique el interés de sus acreedores, los cuales, por una parte, podrán obtener la anulación de sus derechos, y, por otra, sustituirle en el cumplimiento de todos aquellos actos cuya omisión, teniendo por efecto impedir un aumento de su patrimonio, venga a disminuir o comprometer la realización de sus créditos.

Semejante derecho de control gestorio durante el período de pendencia del crédito se transforma en un verdadero y propio derecho de agresión del patrimonio en el período que se inicia con el incumplimiento de la deuda. Constatado éste, el acreedor podrá proceder a la ejecución mediante los medios admitidos legalmente, esto es, a través de la toma de posesión del objeto de la presentación, o haciendo realizar a otro y a exigencias del deudor la prestación incumplida, o, en fin, procediendo a la enajenación de los singulares bienes muebles o inmuebles pertenecientes al deudor para satisfacerse, por equivalente económico, sobre el precio obtenido en dicha enajenación.

De esta manera, el derecho de los acreedores se transforma en un derecho de agresión sobre los particulares bienes del deudor, aunque en todo momento se trata siempre del mismo originario derecho,

(22) PACCHIONI: *Delle obbligazioni...*, *op. cit.*, p. 46.

ya que su actuación ejecutiva no es más que la forma de exteriorización establecida y disciplinada por la ley. Los acreedores, desde el mismo momento en que obtienen su garantía sobre el patrimonio del deudor, tienen ya *virtualmente* el derecho de satisfacerse sobre el mismo, por más que el ejercicio de semejante derecho asuma diversas formas en los dos períodos que deben considerarse distintos (23).

La diferenciación entre dos fases, etapas o períodos del derecho de crédito, el que arranca de la constitución y el que se inicia con el incumplimiento del débito, a la manera de un estadio estático y otro dinámico (conservación y garantía) de la relación obligatoria, es artificiosa. Que en el primero de ellos se considere que el derecho del acreedor asume la forma de un simple derecho de control que permite, mediante el ejercicio de las acciones revocatoria y subrogatoria, mantener o recomponer la integridad del patrimonio del deudor, es no ver más que la superficie de las cosas, pues es obvio que el derecho de crédito no puede identificarse ni reducirse a dichos recursos pauliano e indirecto, en razón de que los mismos no constituyeron el contenido de la titularidad creditual, sino tan sólo meras garantías genéricas o medios de protección institucional de la misma. Identificar derecho de crédito y acciones pauliana y subrogatoria sería otra forma más, aunque por diferente camino y sin la connotación de garantía real, de reducir el primero a la absurda y contradictoria conceptualización de garantía de sí mismo.

Que semejante derecho de control se transforme en otro de agresión sobre los bienes del deudor a partir del instante en que tiene lugar el incumplimiento de la obligación, aparte de conducirnos una vez más a la extraña e inaceptable tesis de la transmutación de los derechos (los derechos subjetivos pueden ser modificados, se extinguen o son sustituidos, pero en ningún caso se mutan unos en otros, porque no son entes vivos que entrañen una capacidad orgánica de transformación), padece el mismo vicio que antes se apuntaba al supuesto derecho de control: de la circunstancia de que el acreedor insatisfecho pueda incidir ejecutivamente sobre el patrimonio del deudor no cabe concluir que el derecho de aquél consista en un puro derecho de agresión. Este es un mecanismo jurídico puesto al servicio de crédito, al igual que lo son los recursos revocatorio y subrogatorio, pero ni se identifica con él ni constituye su sustancia.

La circunstancia de que todo acreedor, por el solo hecho de serlo, esté facultado para interesar la defensa de la integridad patrimonial de su deudor y para incidir sobre sus bienes cuando tenga lugar la insatisfacción de su derecho, no permite, en primer término, identificar el crédito con una u otra posibilidad de actuación, por cuanto el mismo es anterior en el tiempo y constituye su *prius* lógico-

(23) *Ibid.*, pp. 46-48.

conceptual, y, en segundo lugar, no es razón suficiente ni adecuada para considerar que el referido crédito, ora se presenta como un derecho de control gestorio, ora como un derecho de agresión, porque una y otra faceta sólo pueden tener sentido en cuanto aparezcan referidas a una predeterminante titularidad que, por razón de su propio característico contenido, permita y justifique jurídico-económicamente unos comportamientos de ese tenor. De todas maneras, el propio Pacchioni se encarga a rebajar sensiblemente la credibilidad de su construcción cuando se siente llevado a reconocer que, pese a la transformación de derecho de control en derecho de agresión, estamos siempre en presencia del mismo originario derecho. ¿Es conciliable esta aseveración con los mecanismos de actuación particularizada del crédito y mutación interna del mismo que el civilista italiano configura? Muy difícilmente, ya que aquél supone la ruptura de la unidad intrínseca que el vínculo obligatorio implica y exige.

El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico

Por FERNANDO GOMEZ

Departamento de Derecho civil, Facultad de Derecho (UCM)

Por SANTOS PASTOR

Departamento de Economía y Hacienda, Facultad de Derecho (UCM)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué reglas jurídicas se examinan? II.1. ¿Qué son reglas de responsabilidad? II.2. Exclusión de las reglas contractuales. II.3. Exclusión de las reglas de responsabilidad por daños intencionales. II.4. Principales áreas. III. Puntos de partida. III.1. Respuesta de los sujetos a los incentivos que crean las reglas. III.2. Función preventiva de las reglas de responsabilidad. III.3. Los objetivos. III.3.1. El óptimo social. III.3.2. Justicia, compensación ética y maximización del bienestar social. III.3.3. Justicia y prevención. Justicia y compensación. IV. Propositiones fundamentales. IV.1. Cuando las partes son neutrales hacia el riesgo. IV.2. Responsabilidad, riesgo y seguro. IV.3. El problema de los costes administrativos. V. La regla de no responsabilidad. V.1. Los ilícitos típicos. V.2. La restricción a priori del ámbito del daño resarcible. V.2.1. El daño no patrimonial. V.2.2. Equiparación daño resarcible-daño real. V.3. Las reglas de no responsabilidad del sistema español. V.3.1. Subestimación sistemática de los daños. V.3.2. El principio del perjuicio efectivo. V.3.3. Las nociones causales. VI. La regla de responsabilidad por culpa. VI.1. Culpa y nivel óptimo de cuidado. VI.2. La determinación de la culpa. VI.3. La presunción de la culpa. VI.4. La compensación de culpas. VI.4.1. Resultado óptimo. VI.4.2. Los casos. VI.4.3. La distribución de los daños. VI.5. El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia. VI.5.1. La apariencia. VI.5.2. Las realidades. VII. La responsabilidad objetiva. VII.1. Responsabilidad objetiva y niveles de cuidado y de actividad. VII.2. Ambitos de responsabilidad objetiva. VII.3. Correctivos a la regla. Una noción de «culpa exclusiva». VII.4. Responsabilidad objetiva y seguro. VIII. La responsabilidad civil y otros medios alternativos de control del riesgo.

I. INTRODUCCION

Viven hoy los sistemas de responsabilidad civil la tendencia —iniciada hace ya algunos años— a cuestionar su propio papel y viabilidad. Que se examine con detalle un sistema de administración del daño tan complejo y costoso como es la responsabilidad civil, y se confronte con distintas alternativas (seguros obligatorios, seguros sociales, sanciones penales, fondos de compensación públicos) no puede sorprender hoy a nadie. Mucho menos cuando precisamente se reclama a los sistemas de regulación y administración del daño, aptitud para satisfacer las más variadas exigencias y funciones: desde la más extensa compensación de las víctimas, hasta su satisfacción psicológica a través del principio de retribución; desde la prevención de los accidentes, hasta la reducción de los costes administrativos de la compensación; desde la colectivización de las pérdidas y el fraccionamiento de los riesgos, hasta la función educadora y ejemplificante; desde la sanción de conductas juzgadas desfavorablemente por la sociedad, hasta la presión sobre las grandes empresas para que eleven sus niveles de seguridad; desde la labor como «Ombudsman», hasta la internalización de los costes sociales por parte de los causantes de éstos (1).

Tal vez demasiado. Por ello, las opiniones sobre el futuro de los sistemas de responsabilidad civil son tan dispares: hay quien considera que las reglas de responsabilidad son el sistema de regulación de los contactos sociales más acorde con la ideología social de nuestro tiempo; (2) por contra, hay quien asegura su progresiva sustitución por sistemas de aseguramiento colectivo (3).

Todos aquellos objetivos pueden aparecer, en mayor o menor grado, como deseables. Nosotros no podemos aquí examinarlos o diseñar los medios para alcanzarlos. En este trabajo pretendemos, más simplemente, exponer las consecuencias sociales que producen las reglas de responsabilidad civil efectivamente utilizadas por el sistema jurídico español, dentro del marco conceptual y usando los instrumentos del análisis económico de los accidentes, esto es, mediante la construcción de un modelo sobre unos supuestos estrictos, que nos permita predecir cuales serán

(1) Desde diversos puntos de vista, vid. STOLJAR «Accidents, Costs and Legal Responsibility» en 36 *The Modern Law Review*, 1973, p. 234; ALPA y BESSONE, *Atipicità dell'illecito I: i profili dottrinali*, 2.^a ed., Milano, 1981, p. 3; CANE, «Justice and Justifications for Tort Liability» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, p. 30; CALABRESI, *El coste de los accidentes*, trad. española, Barcelona, 1984, p. 42; FLEMING, *The Law of Torts*, 6.^a ed., Sydney, 1983, p. 6; ID. «C'è un futuro per i torts?», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 75. En particular, las extensas consideraciones sobre la multiplicidad de funciones de LINDEN, *Canadian Tort Law*, Toronto, 1983, p. 1; ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, 2.^a ed., London, 1978, p. 486; TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, p. 153.

(2) CALABRESI: «La responsabilità civile como diritto della società mista» en *Pol. Dir.*, 1983, p. 672.

(3) FLEMING: «C'è un futuro...», *cit.*, p. 295.

los efectos de la aplicación de las diversas reglas de responsabilidad, sobre el comportamiento futuro de los sujetos.

II. OBJETO: ¿QUE REGLAS EXAMINAR?

II.1. Vamos a hablar de reglas de responsabilidad civil en el sentido de criterios de decisión autoritaria (por parte del sistema jurídico) acerca de quién asumirá y en qué medida asumirá, los costes de los daños que se produzcan en el curso de la vida social:

Cuando un sujeto sufre un daño y, según normales conexiones de experiencia y sentido común, puede decirse que ha sido producido por otro sujeto, el sistema jurídico tiene entre sus funciones la de decidir si el daño se deja allí donde ocurrió, esto es, quien lo sufrió habrá de ser quien asume en definitiva su coste. Esta decisión la toma el sistema jurídico por medio de las reglas de responsabilidad, que establecen en qué circunstancias, con qué condiciones y con qué alcance se efectúa esta transferencia entre los dos sujetos. Esta se instrumenta en el plano técnico-jurídico a través de la imposición al autor del daño de la obligación de repararlo, total o parcialmente.

II.2. Dentro de este ámbito, no obstante, nos ocuparemos sólo de las reglas de responsabilidad sobre accidentes extracontractuales. Esto supone la exclusión del objeto de nuestra atención, de las reglas de responsabilidad contractual. Y ello no porque no encajen en el sentido que al término reglas de responsabilidad hemos atribuido. Muy al contrario, estamos firmemente convencidos de la unidad del sentido económico de las reglas de responsabilidad, tanto contractuales como extracontractuales. Sin embargo, por razones históricas, en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos —y el español no es una excepción— el ámbito del contrato y del ilícito suelen considerarse separadamente. Además, esto nos ha permitido acotar el ya de por sí amplio material jurisprudencial utilizable. En todo caso, no está de más subrayar que, en buena parte, lo que se exponga es trasladable «tout court» al ámbito de la responsabilidad contractual (4).

II.3. En segundo término, determina asimismo que tampoco nos

(4) Buena prueba de ello es la existencia de ámbitos de daños en que operan responsabilidad contractual y extracontractual. Este es el caso de los accidentes médico-sanitarios, que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones por la vía contractual (entre las más recientes, las sentencias de 26 de mayo de 1986 y 13 de julio de 1987) y en ocasiones por la extracontractual (sentencias de 1 y 16 de diciembre de 1987). *Vid. en general, SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil médica de los médicos en el Derecho español» en R.D.P. (1984), p. 668; FERNANDEZ COSTALES *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, p. 41 y ss., para la discusión de la naturaleza de la responsabilidad médica. Esta doble perspectiva, no es exclusiva del derecho español. En Gran Bretaña, por ejemplo, se entiende que los profesionales de la medicina están sujetos a un deber contractual en algunos casos, y a un deber extracontractual en todo caso: JACKSON y POWELL *Professional Negligence*, 2.^a ed., London, 1987, p. 287 y ss. con abundante material jurisprudencial.*

ocuparemos de los daños intencionales. Que, sea un daño intencional no es algo inmediatamente aprehensible, dada la ambigüedad de sentido del término «intencional». No trataremos, obviamente, de analizarlo, sólo de caracterizar una cierta esfera de supuestos.

Los daños intencionales pueden ser equiparados, a nuestros efectos, a los daños producidos con dolo (5). El dolo se considera ordinariamente uno de los criterios subjetivos de imputabilidad de la obligación de resarcir, junto a la culpa o negligencia (6). Sin embargo, su tratamiento, de ordinario, —no hay más que ver los manuales al uso en la materia—, una vez señaladas sus peculiaridades, no aporta nada a la consideración de la responsabilidad por culpa. Además, los supuestos reales de daños intencionales o dolosos son mucho menos numerosos que los de daños accidentales (7), o cuando menos, se presentan en mucho menor grado ante los Tribunales civiles. Así pues, dado que ni siquiera en la aproximación jurídica común representan un factor de importancia, podemos decidirnos a excluirlos de nuestra consideración. Y ello apoyado en el hecho de que los daños intencionales pueden conceptuarse, en términos generales: a) bien como destrucciones ineficientes de riqueza: A, prende fuego a la vivienda de su vecino, B, simplemente porque le odia; b) o bien como intercambios coactivos en un marco de *costes de transacción* (8) razonablemente bajos, al contrario que los daños accidentales, en los cuales estos costes de transacción entre los sujetos intervinientes son altos: así, si A desea una sofisticada máquina de propiedad de su vecino B, y se la sustrae, está evitando el método más *eficiente* (9) de asignación de recursos, que es el mercado, cuando los costes de ésta no son, en principio, demasiado altos (de entrada, está ya identificado el sujeto con quien contratar); por contra, el propietario de un animal doméstico no puede identificar a todas las potenciales víctimas de la actividad incontrolada de éste, por lo que es impensable en principio una solución transaccional. Por tanto, los actos intencionales son, en general, acciones ineficientes que suelen ser desincentivadas con la imposición de responsabilidad, como uno de los instrumentos posibles (10).

(5) La Sentencia de 25 de abril de 1967 dice que daños realizados con dolo son los daños realizados con intención, de forma voluntaria.

(6) La culpa y el dolo son los criterios de imputación sobre la base de los cuales el sistema jurídico atribuye un daño a un sujeto, cuando su comportamiento se ha calificado en términos de falta de diligencia o de tendencia de la conciencia hacia el daño. Vid. sobre ello CARBONE *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, p. 136.

(7) DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 104.

(8) Son los costes de identificar, negociar y hacer efectivo un intercambio contractual entre sujetos.

(9) La noción de eficiencia indica que no existe otra situación posible «mejor», entendiéndose por ello una situación en que nadie pierda. Esta noción de eficiencia habitualmente denominada paretiana (por Wilfredo PARETO) es muy útil en los marcos contractuales. En muchas situaciones, sin embargo, puede que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que pierden los que empeoran, denominándose a esta situación «eficiente en el sentido amplio» o de KALDOR—HICKS (por los autores del mismo nombre).

(10) Vid. en la literatura, en este sentido, LANDES y POSNER «An Economic Theory

Por último, conviene aclarar en este apartado preliminar, que cuando hablamos de reglas de responsabilidad efectivas en el sistema español hacemos referencia a las aplicadas por los Tribunales españoles, en particular el Tribunal Supremo. Por regla general, las sentencias utilizadas en el estudio son de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, aunque haya alguna de la Sala 2.^a o de otros órganos jurisdiccionales (11). Hoy en día, el Derecho privado como tal, es en buena parte derecho de los jueces, (12) y si hay alguna materia en la que este dato sea incontestable, es precisamente en la responsabilidad extracontractual.

III. PUNTOS DE PARTIDA

III.1. Hemos expuesto ya anteriormente como propósito de este trabajo examinar los efectos de las reglas de responsabilidad civil sobre las conductas de los sujetos sometidos al sistema jurídico. Ello supone admitir que los sujetos responden a los incentivos que establecen las reglas jurídicas y que responden porque son *racionales*, esto es, maximizadores de alguna forma de valor (e.g., la utilidad), en un mundo en que se ven sometidos a ciertas restricciones (13).

En cuanto a la disposición de los sujetos para responder a los incentivos, es preciso aclarar que no precisa ser total. No es necesario que todos los sujetos respondan a los incentivos que derivan de las reglas jurídicas; basta con que la mayoría lo haga de forma sustancial. Si no se da ese grado de respuesta, habría que renunciar a regular conductas por medio del sistema jurídico. En efecto, tratar de establecer reglas de control de los comportamientos, cuando los sujetos no responden a ninguna clase de estímulo predecible, en una empresa perfectamente inútil (14).

III.2. En el ámbito de los accidentes, este presupuesto implica cierta revalorización de la función preventiva de la responsabilidad civil. Precisamos en momentos en que el logro de esta función por parte del sistema de la responsabilidad civil ha sido puesto en tela de juicio, cuan-

of Intentional Torts», en 1 *Intl. Rev. Law and Econ.*, 1981, p. 127; POSNER *Economic Analysis of Law*, 3.^a ed., Boston, 1986, p. 192; EPSTEIN «Intentional Harms» en 4 *J. Legal Stud.*, 1975.

(11) Dado que tratamos de exponer las reglas efectivas hoy, sólo se utilizarán las sentencias más recientes (posteriores a 1980), salvo que sentencias más antiguas presenten una especial relevancia.

(12) SALVADOR CODERCH: En *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987, p. 37.

(13) Sobre críticas a este enfoque, véase: HOLLIS y NELL, *Rational Economic Man: A Philosophical Critic of Neoclassical Economics*, 1975, p. 28; LEFF, «Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975, p. 451.

(14) VELJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», en *Current Legal Problems*, 1985, p. 130.

do por algunos se considera que aquella función quizá no fuera siquiera deseable como objetivo (15).

Sin embargo, es preciso señalar, por una parte, que la afirmación de que la prevención es y debería ser una de las funciones de los sistemas de responsabilidad civil, no es incompatible con el reconocimiento de un grado mayor o menor de fracaso de los mismos en su consecución (16). Y, por otra, los estudios empíricos realizados parecen mostrar la existencia real de esa función preventiva (17).

III.3. *Los objetivos*

III.3.1. Para permitirnos enjuiciar, una vez examinados los efectos de las diversas reglas de responsabilidad, el valor relativo de unas sobre otras, es necesario, además, la fijación de un criterio (una función) de bienestar social.

Este criterio va a ser el de la minimización de los costes relacionados con los accidentes, comprendiendo en este término 1) los costes esperados de los daños derivados de los accidentes, 2) los costes de prevención de éstos, 3) los costes de administración del sistema de responsabilidad civil y 4) los costes de soportar el riesgo cuando las personas tengan aversión a él (18).

III.3.2. Este criterio —u objetivo, como prefiera llamársele— contrasta fuertemente con los que ordinariamente suelen asignarse a los sistemas de responsabilidad civil. En primer término, no aparece ninguno de los componentes éticos que han acompañado al surgimiento de nuestras reglas de responsabilidad civil; como el del actuar libre y responsable del ser humano, como ser esencialmente libre y moral que tiene como uno de los límites el de no dañar la libertad y propiedad de los otros; porque el que daña a otro lo está tratando como medio y no como fin, y si transgrede este límite debe sufrir las consecuencias (19). Otro impe-

(15) FLEMING: «C'è un futuro...» *cit.*, p. 276; ID *The Law of Torts, cit.*, p. 7; ATIYAH *Accidents...*, *cit.*, p. 502. En España, por ejemplo, SALVADOR CODERCH, en «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en *C.C.J.C.* (1985), p. 2908, nos habla del carácter secundario y muy eventual de la eficacia preventiva. Véase también la sección VIII «*infra*».

(16) Como dice WILLIAMS, «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951, no es lo mismo decir que el objetivo de la responsabilidad civil es la prevención, que decir que aquélla efectivamente previene siempre.

(17) Véase SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass), 1987, cap. 11.

(18) *Vid.* CALABRESI «Optimal Deterrence and Accidents» en *84 Yale Law Journal*, 1975, p. 656; SHAVELL *Economic Analysis of...*, p. 7.

(19) Dice KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. esp. 8.^a ed., Madrid, 1983, p. 85; «Clarísimamente salta a la vista la contradicción cuando se eligen ejemplos de ataque a la libertad y propiedad de los demás. Pues se va al punto que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines». Sobre la derivación de las cláusulas ge-

rativo ético o de justicia —o por lo menos, concorde con un sentimiento de lo justo ampliamente difundido en la sociedad— es el de que las víctimas, cuando menos las víctimas inocentes, reciban una compensación por el daño sufrido (20). Pero el criterio expuesto no hace referencia a ninguno de los dos componentes éticos que acabamos de mencionar, ni a otros criterios de justicia imaginables en la distribución del coste de los accidentes.

Sin embargo, el criterio anterior no pretende ser exclusivo. En realidad no es más que una aplicación, en el campo del derecho de accidentes, del criterio de la maximización del bienestar social como función (no única) de las decisiones jurídicas. Ahora bien, este patrón de la maximización del bienestar no tiene pretensiones monopolísticas, no trata de erigirse en el valor social por encima de todo otro. Dicha maximización es un valor social en el sentido de constituir el sustrato material de otros valores de muy variado carácter. Es decir, el criterio propuesto es un criterio «instrumental» en el sentido de Dworkin (21), y no implica rechazar otros objetivos de justicia y de igualdad en particular, respecto a los cuales el bienestar es sustrato importante.

Por otro lado, como dice Calabresi, aunque sin estos valores ulteriores tal vez no tengan pleno sentido los valores del análisis económico del Derecho, parece que el evitar el desperdicio y derroche de recursos, es parte de un sentido muy extendido de lo que es justicia (22).

III.3.3. Los dos criterios éticos a los que a más arriba hemos hecho referencia poseen algunas implicaciones importantes en el plano de los fines operativos. Por una parte, el criterio del «*alterum non laedere*» parece comportar como fin inmediato la reducción de los daños a los otros, derivados de las conductas moralmente libres de los sujetos, esto es, la reducción del coste de los accidentes con independencia del costo de prevenirlos y evitarlos (23). Pero este objetivo lleva consigo un desperdicio de recursos evidente, porque si tratamos de evitar los accidentes a toda

nerales de responsabilidad de los Códigos decimonónicos, como el «Code civil» francés y el Código italiano de 1865, en los que se inspira el código español, en ésta como en tantas otras materias, del iusnaturalismo iluminista, *vid.*, TUCCI responsabilidad civil y daño injustos, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, trad. esp. Boloña, 1980, p. 427.

(20) Dado que la sensación agradable que produce el daño se ve contrarrestada por la sensación agradable que produce tanto el castigo al ofensor como el montante del resarcimiento, como lo expresa algún ilustre autor: WINDSCHEID *Diritto delle pandette*, trad. *it.*, Torino, 1904, p. 363.

(21) DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 191 con el título «Is Wealth a Value».)

(22) CALABRESI «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them in 69 *Iowa L. Rev.*, 1984, p. 834.

(23) Con frecuencia, el Tribunal Supremo indica que los sujetos deben adoptar *todas las medidas*, esto es, aparentemente incurrir en cualquier coste para evitar el daño: sentencias de 12 de diciembre de 1984, 21 de junio de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de mayo del 86 y 17 de diciembre de 1986.

costa —a todo coste— estamos empleando unos recursos que podríamos estar dedicando a la prevención de un coste mayor.

Por otro lado, el criterio de la compensación, bien en sentido débil —sólo a las víctimas inocentes— bien en sentido fuerte, —a todas las víctimas—, constituye sin duda una aspiración que cuenta con gran número de sostenedores (24). Por ello parece indudable que la compensación debe ser un objetivo social a tener en cuenta, aunque no de forma exclusiva (25).

IV. LAS PROPOSICIONES FUNDAMENTALES

IV.1. Expondremos primero muy brevemente el aparato teórico y conceptual que nos va a permitir comprobar los efectos sociales de las reglas de responsabilidad (26); primero, cuando las partes son neutrales hacia el riesgo.

Se dice que una persona es neutral hacia el riesgo porque es indiferente ante las situaciones siguientes, dado que lo único que le importa es el valor esperado de los sucesos y ese valor es igual en todos los casos. Una persona con aversión al riesgo preferirá la situación A a la B y ésta a la C. Una persona con preferencia por el riesgo preferirá C a B, y B a A:

	Pérdida (millones)	Probabilidad (%)	Valor esperado (millones)
A	1	100	1
B	10	10	1
C	100	1	1

Que las gentes tienen aversión al riesgo es algo frecuentemente observable cuando los riesgos que enfrentan son grandes en relación a sus activos. La preferencia por el riesgo, sin embargo, suele presentarse más cuando los riesgos son pequeños en relación al patrimonio de los sujetos.

Llamaremos *víctima* al sujeto que sufre los daños y *causante* al sujeto que los origina. Suponemos, para empezar, que son neutrales al riesgo y que el *coste esperado* de los accidentes, (su probabilidad multiplicada por la magnitud de los daños), se ve influido por el comportamiento de las partes; en principio, sólo por sus medidas de precaución y, en aque-

(24) TUNC, *La responsabilité civile*, cit. p. 142; ATIYAH, *Accidents...*, cit., p. 480; RODOTA, *Il Problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 16.

(25) Sin embargo, volveremos sobre ello al final del trabajo, al discutir brevemente los sistemas alternativos para enfrentarse a los accidentes.

(26) Para ello seguimos el modelo convencional en la literatura económica sobre la materia, contenido (con pequeñas variaciones), en: BROWN, «Toward an Economic Theory of Liability», en *2 J. Legal Stud.*, 1973, p. 323; GRADY, «A New Positive Economic Theory of Negligence», en *92 Yale Law Journal*, 1983, p. 799; SHAVELL, *Economic Analysis...*, cit., p. 5 y 33.

llos casos en que expresamente se indique, también por el volumen de sus actividad. Se supone además que precauciones superiores producen una disminución del coste esperado de los accidentes, aunque de forma decreciente, es decir, que las ulteriores precauciones reducen ese coste pero lo hacen cada vez en menor cantidad (27).

Supondremos también que las partes conocen a) la magnitud de los daños en caso de producción de accidente, b) sus costes de precaución, c) los niveles reales de medidas de precaución; por tanto, pueden determinar el nivel óptimo de precaución. Se asume, en fin, que los *Tribunales* conocen los mismos datos y pueden realizar las mismas determinaciones que las partes.

Distinguiremos dos tipos de accidentes: a) *accidentes unilaterales*, aquellos en los que sólo el comportamiento del causante influye en la producción del accidente: b) *accidentes bilaterales*, en los que el comportamiento tanto del causante como de la víctima influye en el accidente. En éstos últimos supondremos que el causante adopta un nivel de precaución, dado un nivel de cuidado de la víctima, y viceversa; además, que el nivel de cuidado óptimo es positivo para ambos, esto es, ambos deben adoptar alguna medida de precaución.

El punto central es ahora determinar el nivel óptimo de cuidado de un sujeto, aquél que el sistema jurídico debería inducir. Su formulación general es sencilla. La precaución debe ser tal que haga mínimos los costes sociales (totales) esperados de los accidentes. En el caso que contemplamos ahora, *se trata de hacer mínima la suma del daño esperado (daño multiplicado por la probabilidad de que se produzca) y el coste de adoptar la precaución*. Así se hace máximo el beneficio social.

Tomemos el ejemplo de un conductor, distribuidor comercial, cuyos ingresos dependen del número de visitas a los clientes a quienes va a visitar a los distintos puntos de la geografía hispana. Cuanto más deprisa conduzca por término medio (por día), más pueblos y clientes podrá visitar y más ingresos podrá obtener.

Sean las alternativas que se contienen en el cuadro siguiente. Es claro que la conducta socialmente (que tiene en cuenta a las dos partes, causante y víctima) óptima es la II, porque es la que hace máximo el beneficio social neto de costes; y ello a pesar de que en la alternativa III no había ningún daño a las víctimas.

ALTERNATIVAS (velocidad media)	Beneficios esperados	Daños esperados	Beneficios menos daños
I. media 190 Km/h.	100	120	—20
II. media 90 Km/h.	80	60	20
III. media 40 Km/h.	5	0	5

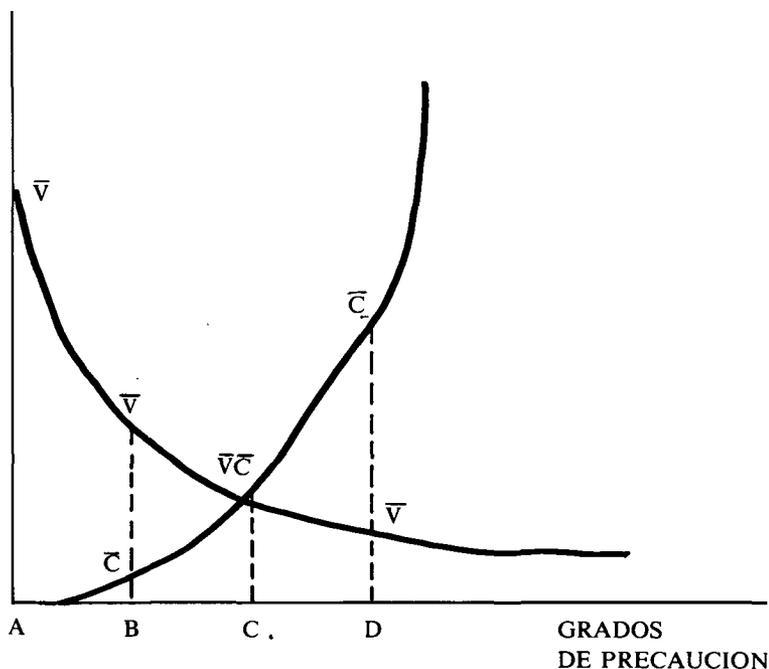
(27) En términos técnicos, que la reducción marginal del coste esperado a los distintos niveles de precaución, tiene pendiente negativa.

La figura siguiente describe la situación en términos más generales, cuando se trata de analizar el resultado de dosis minúsculas de precaución adicional (funciones continuas).

LA DETERMINACION DEL GRADO DE PRECAUCION OPTIMA EN LOS ACCIDENTES

COSTES

BENEFICIOS



$\bar{V}\bar{V}$ = Minorización de daños sufridos por la víctima

$\bar{C}\bar{C}$ = Costes, para el causante, de adoptar mayor precaución

En la figura, la función C representa el coste para *causante* de adoptar grados de precaución adicional (28). Análogamente, la función V indica la minimización del daño esperado de la *víctima* correspondiente a esos grados de precaución adicionales.

La opción A representa un grado de precaución subóptimo porque si se adoptara la precaución correspondiente a B el coste para el causante

(28) Coste marginal: lo cual incluye, en su caso, los ingresos dejados de percibir: costes de oportunidad.

te, (CB) sería menor que la ganancia de la víctima (VB). Por las mismas razones, B es subóptima respecto a C. ¿Tiene sentido D? No, porque en ella, aunque los costes de la víctima son muy bajos, las del causante son mayores.

Una observación: todo sistema de compensación a las víctimas de los accidentes comporta unos costes, más o menos altos, incluso aquellos de «casi perfecta» compensación a través de fondos públicos o semipúblicos (29). Por ello, no existe ningún sistema que compense todo daño. en cualquier circunstancia y en cuantía indeterminada «ex ante». Todo sistema realiza algún tipo de selección. Vamos a considerar en los próximos apartados cuál es la selección de los daños accidentales resarcibles que realiza el sistema de la responsabilidad civil español. Pero antes resumiremos aquí las proposiciones más importantes del análisis económico del derecho de accidentes cuando las partes son *neutrales al riesgo* y cuando se trata de minimizar «solo» los *daños esperados para la víctima* y los costes de adoptar *precaución* y ejercer un cierto *nivel de actividad* por parte de *causante y víctima* (30).

1.1. Accidentes unilaterales, donde los costes esperados del accidente dependen exclusivamente de la *precaución del causante* (cuya conducta es lo único controlable):

Tanto el sistema de responsabilidad objetiva como el de responsabilidad por culpa son eficientes siempre que, en el primero, el tribunal o la norma pueda o permita, respectivamente, conocer los daños reales sufridos por la víctima (31), y que, en el segundo, el tribunal o la norma permitan conocer cuál es el standard o «quantum» de diligencia eficiente (32).

1.2. Accidentes bilaterales, donde el coste esperado del accidente depende de la *precaución del causante y de la víctima*:

La regla de responsabilidad objetiva, con el complemento de la compensación de culpas, es eficiente. La regla de la culpa, con o sin compensación de culpas, es también eficiente.

1.3. Accidentes unilaterales en los que los costes del accidente dependen de la *precaución y del nivel de actividad del causante*: La regla de responsabilidad objetiva induce resultados eficientes. La regla de

(29) El más destacado de estos sistemas es el de Nueva Zelanda. *Vid.*, sobre él ALPA y BESSONE *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985, p. 390. Sobre los costes administrativos de los sistemas de compensación, FLEMING «C'è un futuro...», cit., y véase más adelante en esta sección.

(30) En ellos se puede controlar la precaución o el nivel de actividad del causante como de la víctima. Véase, en general, POLINSKI *Introducción...* Insistimos en advertir que suponemos por ahora inexistentes los costes de «soportar el riesgo» y de administrar el sistema.

(31) La literatura angloamericana, dominante en estas materias, suele referirse al tribunal solamente, como corresponde a sistemas donde estas materias son «common law». Nada hay que implida su generalización a lo supuestos en que la norma permita determinar el valor de los daños efectivamente causados, sin subestimación ni sobreestimación de los mismos.

(32) Que minimiza los costes sociales.

la responsabilidad por culpa, para ser eficiente, precisa que el standard de diligencia abarque tanto la precaución como el nivel de actividad (33).

1.4. Accidentes bilaterales en los que el coste del accidente depende, de la *precaución y nivel de actividad de la víctima*:

El sistema de responsabilidad objetiva, corregida con el criterio de compensación de culpas, es eficiente si el standard de diligencia de la víctima incluye tanto su precaución como su nivel de actividad. El sistema basado en la regla de responsabilidad por culpa será eficiente si, como se dijo antes, el standard de diligencia del causante incluye tanto la precaución como el nivel de actividad. Si, como es el caso frecuente, la determinación del nivel de actividad eficiente de una u otra parte fuese difícil, la regla preferible sería la responsabilidad objetiva con compensación de culpas si el nivel de actividad más importante fuese el del causante; y si ese nivel fuese el de la víctima, la responsabilidad por culpa (34).

IV.2. Responsabilidad, riesgo seguro

Veamos ahora el caso de los accidentes en los que los costes a minimizar consisten, *además de los antes citados*, (35) en los *costes de soportar el riesgo* cuando las partes tengan aversión al riesgo.

Mientras las partes sean neutrales hacia el riesgo —como hasta ahora— lo único importante es el valor esperado del suceso incierto, esto es, el producto de su valor por la probabilidad de que se produzca. Pero sucede que, como se dijo antes, muchas personas no son neutrales al riesgo —sobre todo cuando el riesgo es de elevada cuantía en relación a los activos de que disponen— y prefieren evitarlo.

Una de las formas de protegerse frente a situaciones de riesgo para esas personas que tienen aversión a él es el seguro (36). A pesar de la

(33) Lo que no suele ocurrir en la práctica, y que hace que la responsabilidad objetiva sea superior en muchas ocasiones.

(34) Ambas soluciones son «insuficientes» pero una lo es más que otra en cada caso.

(35) Recuérdese, costes esperados del accidente y costes de adoptar la precaución.

(36) Imaginemos un recién nacido licenciado en derecho a quien se ofrece como ingreso en el despacho donde comienza a trabajar lo que gane de la defensa de los asuntos que lleve (y gane). Supongamos que la situación es tal que su probabilidad de ganar un mes cualquiera un asunto, por el que cobraría una minuta de 200.000 pesetas, es del 50 %, esto es, que el valor esperado de este suceso es de 100.000 pesetas. Si gana, cobra 200.000 pesetas pero si pierde no cobra nada.

Si nuestro recién licenciado tuviese aversión al riesgo es probable que estuviera dispuesto a aceptar 90.000 pesetas seguras a cambio de evitar el riesgo de no obtener nada si perdiese el asunto. Pero si existiese un «asegurador de minutas» (e.g. un despacho colectivo grande), éste podría ofrecer un ingreso fijo de, por ejemplo, 25.000 pesetas a nuestro abogado por el resultado de su trabajo; con ello ambos ganarían; el asegurador obtendría en promedio 5.000 pesetas porque estando dispuesto a aceptar 90.000 para evitar el riesgo, ha percibido 95.000.

Una cualificación necesaria a lo anterior es que, para que el razonamiento sea válido, los sucesos asegurados (ganar o perder el asunto) deben ser independientes estadísticamente y el valor de lo asegurado ser pequeño comparado con el patrimonio del asegurador;

gran resistencia social que su incorporación suscitó en muchos países (37), la provisión de seguro es «buena» socialmente. Una explicación intuitiva de esa bondad consiste en apreciar que, si la provisión del seguro es indiferente para la víctima, que ve asegurada la compensación del daño sufrido, pero puede beneficiar al causante, socialmente (38) sería óptima su adopción.

Aunque el seguro es una forma generalizada de protección frente a riesgos cuando la gente tiene aversión a él, con frecuencia los mercados de seguros no existen, no son accesibles, o son imperfectos en su funcionamiento. Que no existen puede deberse, entre otras razones, al hecho de que el costo del producto sea tan alto que disuada a los potenciales asegurados. Las imperfecciones, por su parte, suelen deberse a la presencia de fenómenos de «descuido» y de «selección adversa» (39), de no fácil solución (40).

Si las partes tienen aversión al riesgo, la asignación que las distintas reglas de responsabilidad hagan de ese riesgo a soportar (41) al que se tiene aversión es importante porque soportar el riesgo es un coste más

en otras palabras, la participación en el soporte del riesgo de cada asegurador sea pequeña, porque, de lo contrario, podríamos encontrarnos con situaciones de aversión al riesgo nuevo. Véase POLINSKY *Introducción...*, para una explicación más extensa.

(37) En la Unión Soviética existe todavía dicha prohibición en muchos casos. Originalmente existió también una enorme resistencia en el Reino Unido a la implantación de los seguros sobre barcos por entender que con ellos se creaba un posible incentivo a los accidentes marítimos. Por ejemplo, no es infrecuente el caso de pacientes irritados por la indiferencia económica de la responsabilidad derivada de negligencia profesional en casos cuyo resultado haya sido la muerte de un paciente.

(38) Resultado de la suma de uno y otro.

(39) El «descuido» también llamado «moral hazard», se refiere a situaciones en que la existencia del seguro puede aumentar la probabilidad o magnitud del daño derivado del accidente al no estimular la diligencia del asegurado cuando con ella podría haberse reducido el valor esperado de aquel daño. Con frecuencia no puede controlarse la conducta de una persona de forma que extirpe el cuidado a su alcance, y sin embargo, tal conducta podría haber reducido el valor esperado de un suceso desagradable, bien reduciendo la probabilidad de su producción, bien el valor del daño. Este tipo de problemas está presente a menudo en las relaciones mandante-mandatario o de principal-agente. En los casos de «selección adversa» sólo los malos riesgos encontrarían seguro; véase AKERLOF A. «The Market Mechanism» *Quarterly J. of Econ.* 84, 488-500, 1970.

(40) Las formas más frecuentes de enfrentarse a situaciones de «descuido» consisten en el establecimiento de primas de seguro viables según el cuidado del asegurado, la franquicia o el coaseguro. Una forma de ajustar las primas a la diligencia prestada por el asegurado es la de establecer bonificaciones a las primas cuando no se producen accidentes. La franquicia de una cierta cantidad de daños es muy frecuente en los seguros «multihogar» (unas 10.000 pesetas en 1986 y en los seguros médicos privados de muchos países occidentales (por ejemplo, en Estados Unidos, muchas de las asistencias médicas que comportaran gastos de unas 15.000 pesetas en 1986 quedaban sin cubrir). En el coaseguro el asegurador queda sin asegurar un porcentaje del daño, por ejemplo cuando el asegurador abonó sólo el 80 % del daño sufrido por el asegurado. En todos los supuestos anteriores subsiste todavía una parte de los riesgos sin cubrir.

(41) Esto es, saber ¿quién soporta finalmente el riesgo y cómo asigna el derecho del riesgo a una u otra parte. En todos estos casos se está entendiendo la, a veces equívoca, expresión «riesgo» referida a una situación indeseada asociada a la existencia de incertidumbre, sea aquella negativa —e.g., perder bienes al ser robados, tener que pagar por daños inflingidos a otros— o positiva —e.g., ganar una cosa, obtener un resultado favorable.

a tener en cuenta. De forma que *si los efectos de las distintas reglas de responsabilidad fueran los mismos en cuanto a los daños esperados de los accidentes, a los costes de precaución, y a los costes administrativos, pero una de dichas reglas fuese superior porque asignase el riesgo a la parte con menor aversión al riesgo*, esta regla sería la óptima o eficiente socialmente y no las demás.

Nos preguntaremos, pues, cómo funcionan las reglas de responsabilidad civil en este nuevo escenario, qué incentivos crean cuando las partes —una o ambas— tienen aversión al riesgo, dependiendo de si el seguro es inexistente o inaccesible, perfecto o imperfecto.

De forma resumida, los resultados que proporciona la teoría sobre la bondad relativa de las distintas reglas de responsabilidad ante situaciones en que la aversión al riesgo es importante son los siguientes (42).

a) Cuando el seguro es inaccesible:

Si la víctima tiene aversión al riesgo y el causante es neutral, el sistema de responsabilidad objetiva es preferible; y al contrario si es el causante, y no la víctima, quien tiene aversión al riesgo. La atenuación de la responsabilidad del causante es una solución subóptima (43).

b) Si el seguro es perfecto y asequible a ambas partes:

Cualquiera de los dos sistemas es eficiente.

c) Si el seguro es imperfecto o inasequible al ofensor y la víctima tiene acceso a un seguro perfecto:

El sistema eficiente es el de responsabilidad por culpa, pero no el de responsabilidad objetiva.

IV.3. *El problema de los costes administrativos.*

Veamos ahora el caso de los accidentes en que los costes a minimizar consisten, *además de los ya mencionados, en los costes administrativos ocasionados por la resolución de las disputas (litigios) que generan los distintos sistemas de responsabilidad.*

Los *costes administrativos* se refieren a costes tales como pagos a abogados, valor del tiempo empleado en litigar o a costes de sostener el sistema de resolución de disputas (judicial o de otro tipo). Su valor total es función del número de casos y del coste de resolución de cada uno, y su cuantía suele ser elevada a pesar de que una alta proporción de los conflictos se concilien antes de juicio, según datos de otros países (44).

(42) Véase POLINSKY *introducción...* pp. 83-89. Para simplificar, nos referimos al modelo unilateral de accidentes en que es relevante sólo la precaución del causante (no el nivel de actividad), pero el análisis es perfectamente aplicable a los modelos más complejos «mutatis mutandis».

(43) Al responder por menos del daño causado, el causante tenderá a no adoptar la precaución a su alcance.

(44) Estudios empíricos sobre su tamaño en Estados Unidos parecen indicar, además, que las víctimas vienen a percibir solamente la mitad de lo que pagan los causantes, como

Los efectos que comportan las distintas reglas de responsabilidad en cuanto a los costes administrativos que generan (45) pueden resumirse diciendo que, en general, el número de casos tenderá a ser mayor con el sistema de responsabilidad objetiva, pero el coste de cada caso tiende a ser superior en el sistema de responsabilidad por culpa. En conjunto, pues, no sabemos a priori qué sistema será mejor con carácter general.

Pero si hasta ahora nos hemos referido a los efectos de las distintas reglas en la cuantía de los costes administrativos, la presencia de costes administrativos sustanciales tiene, por su parte, sus propias implicaciones. De entrada, si los costes sociales de los accidentes son mayores por la presencia de costes administrativos, entonces el nivel óptimo de cuidado deberá entrañar mayor precaución. Por otra parte, los costes administrativos pueden afectar al uso del sistema de responsabilidad induciendo un empleo de las reglas de responsabilidad no óptimo y un número de reclamaciones que resulte excesivo o que, por el contrario, sea insuficiente respecto a las socialmente óptimas. Ello es debido a la posible disparidad entre los incentivos privado a formular pretensiones (46) y la deseabilidad social de éstas, y pueden acarrear la adopción de subsidios, impuestos o prohibiciones para evitar tal disparidad.

Una vez expuestas las formulaciones teóricas del análisis económico de los accidentes, es turno ya de aplicar el modelo a las reglas efectivas en el sistema español.

V. LA REGLA DE NO RESPONSABILIDAD

V.1. La primera regla que realiza la selección de los daños resarcibles es la regla de *no responsabilidad: cualquiera que sea el nivel de cuidado del causante, la víctima arrostrará el coste del accidente*. La no responsabilidad puede ser parcial o total, según afecte a una parte o la totalidad del daño.

No existe una regla formulada explícitamente en estos términos en el sistema español, ni en ningún otro sistema, que sepamos. Sin embargo, los resultados de esta regla se pueden conseguir en los distintos sistemas a través de diversas doctrinas y principios.

V.1.1. En primer lugar, a través de la exigencia de tipicidad en los hechos que dan lugar al resarcimiento de las víctimas. Esto es lo que ocurre con los sistemas que se llaman de *ilícito típico*, como es el sistema angloamericano, en el que históricamente vienen formándose modelos concretos de hecho ilícito («torts») en los cuales debe encajar el hecho efectivamente producido para que el causante del daño se vea obligado

consecuencia de estos costes administrativos. Véanse las referencias citadas en Shavell, *Economic...*, cit., p. 262 nota 2.

(45) Véase POLINSKY *Introducción...*, pp. 65-66.

(46) A hacer uso del sistema de responsabilidad civil, en definitiva.

a repararlo. Si no es subsumible en alguno de los tipos acuñados, el causante no es responsable, con independencia del daño causado y su grado de precaución (47).

Algo semejante ocurre en el derecho alemán en el que sólo dan lugar a responsabilidad del causante las violaciones de determinados bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad y otros derechos subjetivos, pero siempre que éstos sean de carácter absoluto (48).

Sin duda el carácter típico de ambos sistemas no es total, e incluso va debilitándose. Así, el sistema angloamericano, por su carácter no estático, va creando nuevos modelos típicos de daño resarcible (49) junto al hecho destacado de la constante expansión del «tort of negligence» que amenaza con llegar a convertirse casi en cláusula general de responsabilidad (50).

En el sistema alemán, los Tribunales han atribuido un significado progresivamente amplio a los supuestos de bienes jurídicos tutelados en el párrafo 823 I BGB, en particular al «sonstiges Recht», creando verdaderos nuevos derechos absolutos como el «Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb» (51).

Sin embargo, la tendencia a excluir la resarcibilidad en algunos supuestos atípicos estableciendo, por tanto, una verdadera regla de no responsabilidad, se mantiene. Ese es el caso, por ejemplo, de las llamadas «pérdidas económicas puras» («purely economic losses») cuyo más claro ejemplo son los «cable cases»: se destruye o deteriora un suministro de energía por un extraño, que determina la inactividad y consiguiente pérdida de beneficios de las empresas que se abastecían de aquél. (52).

(47) WILLIAMS: «The Foundation of Tortious Liability», en *7 Camb. L.J.*, 1938, p. 115; SALMOND y HEUSTON *On the Law of Torts*, 18ª ed., München, 1986, p. 10.

(48) Como dice VON CAEMMERER «Wandlungen des Deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968, p. 454, en el sistema alemán no se prevé, fuera de los supuestos concretos del par. 823 I, una general responsabilidad por culpa, pues el par. 826 exige un acto intencional o doloso. *Vid.*, también MEDICUS *Schuldrecht II. Resonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987, p. 332; ID. *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., München, 1986, p. 10.

(49) FLEMING *The Law of Torts*, *cit.*, p. 6; PROSSER y KEETON, *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984, p. 4.

(50) BESSONE «Responsabilità per “negligence” e teoria dell’illecito (del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 549. (51) MEDICUS *Schuldrecht...*, *cit.*, p. 535; FABRICIUS «Zur Dogmatik des Sontigen Rechts gemäß par. 823 I BGE» en *AcP*, 1961, p. 273; MARKESINIS *The German Law of Torts*, Oxford, 1986, p. 33.

(52) Sobre el sistema angloamericano, véase, por ejemplo, *Electrachrome v. Welsh Plastics*, *Spartan Steel v. Martin and Co.*, o *Beck v. FMC Co. and Niagara Mohawk Power Co.* En el alemán BGHZ 29, 65; BGHZ 66, 388; todas ellas en sentido negativo a la resarcibilidad. *Vid.* sobre el problema ATIYAH «negligence and Economic Loss 83 *L.Q.R.*, 1967, p. 248; FLEMING *The Law... cit.*, p. 162; FELDTHUSEN *Economic Negligence*, Toronto, 1984, p. 25 MARKESINIS, *op. cit.*, p. 125; HAGEN «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en *J.Z.*, (1979), p. 53. Por contra, en un sistema atípico como el italiano, un supuesto idéntico recibió una respuesta muy distinta: es el famoso caso «Puddu» Cass. sz. un. 24 giugno 1972 n. 2135. Sobre esta decisión *Vid.* VISINTINI «Ancora sulla lesione del crédito ad oper di terzi» en *Giur. it.*, 1973, 1C. p. 1125; CAFERRA «I limiti del danno

No encontramos, sin embargo, en el sistema español una regla de no responsabilidad implícita en una construcción de ilícitos típicos como los vistos, porque tenemos un sistema abierto, de cláusula general, en el que no se rechaza «a priori» la resarcibilidad de ningún daño (53).

V.2.1. Pero existen otras construcciones jurídicas que pueden comportar una regla de no responsabilidad por ciertos daños.

Así, a través de la exclusión de un cierto tipo de daños de la esfera del daño resarcible. En los sistemas alemán e italiano se prohíbe el resarcimiento por daños no patrimoniales, salvo en los casos en que expresamente se determine por la Ley (par. 253 BGB, art. 2059 Codice civile, respectivamente) (54). En el sistema español, por contra, *los daños no patrimoniales, son indemnizables*, como proclaman múltiples sentencias: 22 de abril de 1983, 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 10 de diciembre de 1986, 20 de abril de 1982 (Sala 2.^a), 23 de diciembre de 1985 (55). Se han considerado daños indemnizables los derivados de la pérdida de la compañía en el orden efectivo y educativo de padre y hermano muertos en accidente de automóvil (Sentencia de 29 de diciembre de 1986); los derivados del impacto psíquico que ha producido la pérdida de la propia vivienda (Sentencia de 25 de junio de 1984) (56) los derivados a la esposa por la pérdida de las relaciones afectivas que supone la inapetencia sexual de su marido producida por las graves lesiones que éste sufrió en un accidente laboral (Sentencia de 9 de febrero de 1988) (57).

risarcibile nella tutela aquiliuma del credito» en *Foro it.*, 1973, I, p. 100; FERANDO «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 333. El tema de los «purely economic or financial losses», ha sido objeto de una ya amplia literatura económica, centrada en las coincidencias y discordias entre «economic loss» y «social losses»: BISHOP «Economic loss: A Reply to Professor Rizzo», vi. p. 207; RIZZO «The Economic Loss Problems: a Comment on Bishop», *ivi.* p. 197; ID. «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982, p. 281; BISHOP y SUTTON «Efficiency and Justice in Torts Damages. The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.*, 1986, p. 374; SHAVELL *Economic Analysis...*, *cit.*, p. 135.

(53) En general sobre los sistemas de ilícito atípico, ALPA y BESSONE *Atipicità...*, *cit.*

(54) Las más importantes excepciones se prevén en los par. 847 BGB y art. 185 Codice penale, respectivamente. Es indiscutible que esta limitación ha sido contestada (en Italia, incluso se planteó la constitucionalidad del artículo 2059, cuestión resuelta negativamente por el Tribunal Constitucional italiano en sentencia de 26 de julio de 1979), y la jurisprudencia ha moderado en cierto modo, pero no por completo, la rigidez de aquella. *Vid.*, sobre todo ello LANGE *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, p. 256; DONALDSON «Zum Problem der sicheren Bemessung des schmerzensgeldes. ACP, 1966, p. 462; ALPA e BESSONE *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 423; BONILINI. «Il danno non patrimoniale», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 205.

(55) No es posible detenerse ahora sobre la equivalencia de daño no patrimonial y daño moral (que es el término utilizado por el Tribunal Supremo) *Vid.*, las consideraciones de la sentencia de 25 de junio de 1984.

(56) *Vid.*, sobre casos similares en el derecho angloamericano. FLEMING *The Law...*, *cit.* p. 255.

(57) No es frecuente en otros ordenamientos conceder la resarcibilidad del daño moral a terceros cuando la víctima no ha fallecido; ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 424; VISINTINI *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987, p. 71, para Italia; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 537, para Alemania; VINEY y MARKESINIS *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985,

V.2.2. El sistema de responsabilidad civil español *tiende* pues, *hacia la equiparación del ámbito del daño resarcible con el concepto económico de daño* (esto es, *alteración negativa de la función de bienestar de un sujeto*).

Esta equiparación es positiva, en principio. Si se excluyen «per se» ciertos daños, por ejemplo en los accidentes unilaterales, el causante se verá motivado a adoptar menos precauciones de las óptimas; en los accidentes bilaterales, el causante adoptará también un nivel de cuidado subóptimo, lo que motivará a la víctima a adoptar un ineficiente grado de precaución. Ineficiente por exceso, si las precauciones de la víctima son sustitutivas de las del causante, o por defecto, en el supuesto contrario. Estos efectos disfuncionales serán tanto mayores cuanto sea la proporción de los daños excluidos respecto a los daños globales por accidente (58).

Es preciso señalar, sin embargo, que cuando algunos daños son difíciles de calcular tanto por los sujetos como por los tribunales (y los daños no patrimoniales son el paradigma de ellos), una actitud excesivamente generosa de los jueces, puede determinar una sobreestimación de los daños reales y por tanto inducir un exceso de precaución. Como señalan Landes y Posner, cuanto más difícil es establecer con precisión la responsabilidad, mayor debe ser la contribución de ésta al nivel óptimo de cuidado para hacerla deseable (59).

V.3. No obstante todo ello, en el sistema español *si existen algunas vías para poder establecer una regla de no responsabilidad (siquiera sea parcial)*.

V.3.1. La primera de ellas es la de la cuantificación de los daños. Si se realiza sistemáticamente una subestimación en el «quantum» de los daños, se producen los mismos efectos que vimos en cuanto a la exclusión parcial de algunos de ellos.

La determinación de la cuantía de los daños es, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, materia en la cual los Tribunales de Instancia son soberanos (Sentencias de 10 de junio de 1981, 25 de noviembre de 1981, 17 y 20 de mayo de 1982, 7 de febrero y 22 de abril de 1983, 15 de julio y 25 de octubre de 1986, 8 de mayo de 1987, 28 de enero de 1988). Por desgracia, no nos es posible ofrecer un estudio esta-

p. 91, para Francia e Inglaterra. Solo en Francia parece, tras no pocas resistencias, predominar la tesis opuesta; VINEY y MARKESINIS, *op. cit.*, p. 92.

(58) Por eso el daño moral se suele considerar resarcible en aquellos tipos de accidentes en que sin duda constituye un componente importante, como el que produce la muerte o la lesión corporal de una persona. Sobre los legitimados y el alcance de la legitimación en este tipo de accidentes en los distintos sistemas: VISINTINI, *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 71; GALGANO *Le mobili frontiere del danno ingiusto* en *1 Contratto e impresa*, 1985, p. 2 (sobre la evolución reciente en relación a los legitimados no parientes); MARKESINIS, *op. cit.*, p. 536; LE TOURNEAU *La responsabilità civile*, 3.^a, 1982, p. 177; VINEY y MARKESINIS, *ob. cit.*, p. 72; PROSSER, *op. cit.*, p. 949.

(59) LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en *12 J. Legal Stud.*, 1983, p. 127.

dístico sobre la determinación, de aquéllos por los Tribunales, aunque da la impresión de que la valoración judicial se va haciendo cada vez más generosa aun teniendo en cuenta el descuento por inflación (60). Sin embargo, hay algunos obvios casos de subestimación de la cuantía de los daños, en supuestos de establecimiento de un tope cuantitativo a la responsabilidad por ciertos tipos de accidentes: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece un límite de ;500 millones de pesetas! para la responsabilidad del fabricante (frente a los 70 millones de ECU, más de 9.600 millones de Ptas. de tope, que establece la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985; la Ley de Navegación aérea de 21 de julio de 1960 establece una limitación de responsabilidad del transportista aéreo de ;3,5 millones de Ptas.! por muerte o incapacidad total o permanente y de; ;1 millón de Ptas.! por incapacidad parcial y temporal.

Ambas reglas constituyen una abierta infravaloración de los daños que equivalen a una verdadera regla parcial de no responsabilidad, que reduce los incentivos para disminuir el riesgo.

V.3.2. Otra vía seguida en el sistema español es la que se apoya en el principio de la certeza y efectividad del perjuicio como condición para ser los daños resarcidos (Sentencia de 6 de junio de 1968, 12 de diciembre de 1979, 25 de junio de 1983, 29 de septiembre de 1986). En su virtud, se deniega la responsabilidad por los daños cuya realidad y certeza no se demuestra por la víctima; por ejemplo, se ha denegado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo la responsabilidad de los causantes de un accidente por los daños sufridos por los empleadores de las víctimas, que durante el periodo de la incapacidad de éstas para el trabajo han satisfecho sus retribuciones y salarios. En particular, el problema se ha planteado en relación al Estado y a algunos de sus funcionarios (guardias civiles, carteros, etc.), lesionados en accidentes de tráfico. Se ha dicho que el hecho de haber pagado la retribución sin contraprestación no hace que sea un daño, dado que no produjo (o al menos no se demostró) un objetivo menoscabo en el servicio público ni un aumento del gasto sobre los normales (por ejemplo por tener que pagar un sustituto): Sentencia de 14 de febrero de 1980, 14 de abril de 1981, 25 de junio de 1983, 24 de septiembre de 1986 (61).

(60) *Vid.*, la sentencia del juez n.º 2 de Ibiza de 26 de septiembre de 1987, que estableció una indemnización de 129.999.990 pesetas, recogida en DE ANGEL, *op. cit.*, p. 238.

(61) Por el contrario la Sala 2.^a viene reconociendo la resarcibilidad frente al Estado: 13 de mayo de 1975, 20 de septiembre de 1982, 13 de diciembre de 1983. También lo hizo inicialmente la Sala 1.^a; Sentencia de 24 de abril de 1979. La S. de 29 de abril de 1985, no impidió el resarcimiento de un daño similar, pero fue simplemente porque la sentencia de la Audiencia fue recurrida sólo alegando la ausencia de culpa. En otros sistemas, la solución es opuesta a la de la Sala 1.^a; en Alemania, *Vid.* VON CAEMMERER «Wandlungen...» *cit.*, LANGE, *op. cit.*, p. 329; en Italia el problema ha suscitado un amplio debate, pero ha prevalecido la solución positiva de la jurisprudencia (*Vid.* por todas Cass. 28 de agosto 1985 n.º 4550) y en la literatura (CASTRONOVO «Inattuazione della prestazione di lavoro e reponsabilità del terzo danneggiante» en *Mass. Giur Lav.*, 1981, p. 370.

Como, al mismo tiempo, tampoco la víctima es resarcida por la retribución dejada de obtener —dado que su coste lo ha asumido el Estado— por no haber sufrido realmente ese daño (Sentencia de 31 de mayo de 1985), se da *realmente una regla de no responsabilidad por el valor de la retribución del trabajador, de la víctima del accidente*. Hay, pues, un coste aparente derivado del accidente y un verdadero coste social, que excluye la pérdida del producto del trabajo de la víctima valorada por su retribución, que no va a ser asumido por el causante, sino por un sujeto que nada puede hacer para reducir el riesgo de ese accidente: el empleador.

V.3.3. La tercera vía para establecer una regla de no responsabilidad es la de las *nociones causales*. Hay que aclarar que no todo empleo de conceptos causales lleva consigo la no responsabilidad. Sin embargo, discutiremos brevemente el significado en términos económicos de algunas nociones jurídicas relacionadas con la causalidad. El modelo económico de la precaución dibujado en apartados anteriores, presupone que un daño accidental es producido por el causante, si se trata de aquellos cuyo coste esperado se reduce por efecto de las precauciones (62) que pueda adoptar aquél (63). No se consideran, pues, relevantes a estos efectos, aquellos daños cuyo coste esperado, según el nivel de información en el que operan los sujetos (comprendiendo aquí los Tribunales), no se ve afectado por el nivel de precaución del causante (64).

Esta exclusión vendría a coincidir en parte con la que hace el sistema jurídico sobre la base de la noción de previsibilidad, aunque el uso de esta noción por el sistema español es bastante confuso. Por una parte, se considera un elemento de la culpa extracontractual (Sentencia 12 de mayo de 1969, 17 de marzo de 1981, 11 de mayo de 1983, 20 de diciembre de 1982, 14 de junio de 1985, 1 de diciembre de 1987); (65) por otro, se entiende que lo imprevisible constituye caso fortuito que elimina el nexo causal entre la conducta y el daño (Sentencia de 18 de noviembre de 1980, 11 de noviembre de 1980, 1 de julio de 1983, 8 de junio de 1984, 8 de mayo de 1986).

Además, una noción tan imprecisa como la de la previsibilidad resulta muy poco operativa si no se concreta el nivel de información sobre la base del cual se considera o no previsible un daño accidental, y ello no parece fácil (66). Quizá por esto el Tribunal Supremo ha considerado

(62) 0 niveles de actividad cuando éstos son relevantes.

(63) Es básicamente el concepto de «causal linkage» que construye CALABRESI «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U Chi. L. Rev.*, 1975, p. 71, *Vid.*, también GRADY, *ob. cit.*, p. 805.

(64) LANDES y POSNER: «Causation...», *cit.*, p. 110; BORGO «Causal Paradigms in Torts Law», en 8 *J. Legal Stud.*, 1979, p. 453.

(65) De idéntica opinión es la doctrina: *vid.*, por todas, SANTOS BRIZ *La responsabilidad civil*, 4.ª ed., Madrid, 1986, p. 193.

(66) La amplitud y labilidad de la previsibilidad la resaltan sentencias como las de 9 de noviembre de 1949 y 18 de noviembre de 1980 y autores como PROSSER y KEETON, *ob. cit.*, p. 297 y LINDEN *ob. cit.*, p. 353.

como previsibles accidentes altamente improbables: por ejemplo, cuando un cable de un andamio a 17 metros de altura resulta cogido por la puerta de un motocarro, tras lo cual el andamio cayó y murió el obrero que sobre él trabajaba (Sentencia de 25 de abril de 1983). Mientras que ha entendido como imprevisibles, dentro de un cálculo del curso normal de los acontecimientos, otros casos menos improbables, como el de una operación de amígdalas con anestesia general y posterior paro cardíaco con parálisis cerebral y tetraplejia en un niño (Sentencia de 13 de julio de 1987), o la rotura de un depósito de residuos de galena de una mina que anegó el Cementerio Municipal y produjo la muerte a un conserje (donde se consideró imprevisible la violencia de la lluvia que hizo desbordar el depósito, no que el desbordamiento provocara el fallecimiento de una persona) (67).

Imponer la resarcibilidad de los daños imprevisibles, tal como han sido conceptuados al principio, no produce efectos positivos apreciables en la precaución del causante, dado que éste lo ignorará por definición al decidir su nivel de precaución. Tampoco tiene por qué producir efectos perniciosos, salvo en el caso de que se aplique la regla de responsabilidad objetiva. Sus posibles ventajas en lo concerniente a la compensación se ven contrapesadas por el aumento de los costes administrativos que ocasiona (aumento de la litigiosidad) (68).

Por ello, según la teoría, no harían falta nociones causales ulteriores para poder afirmar la responsabilidad. Si se introducen, el resultado es equivalente al de una regla de no responsabilidad.

Sin embargo, nuestro sistema de responsabilidad civil no se conforma con excluir los daños accidentales imprevisibles —en el sentido eludido—, sino que impone la no responsabilidad, aun por daños previsibles en abstracto, por aquellos daños accidentales que en concreto se hubieran producido sin la acción u omisión del causante. De manera que exige que la acción u omisión del causante haya sido «conditio sine qua non» del daño accidental, de tal forma que sin ella no se hubiera producido: Sentencia de 1969, 28 de febrero de 1975, 12 de julio de 1984, 23 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987 y 17 de diciembre de 1988. Según esta última, el daño ha de ser precisamente consecuencia de la negligencia, para que haya conexión causal.

Pero, aún más, el Tribunal Supremo ha entendido en algunas ocasiones que no basta que la conducta del causante sea condición necesaria del daño, sino que es preciso que aumente la probabilidad de su producción; esto es, impuso una regla de no responsabilidad para aquellos daños accidentales, cuando la conducta del causante, si bien causa necé-

(67) En realidad, la decisión de no resarcibilidad era correcta: en el primer caso concreto, por la ausencia de negligencia en los médicos y en el segundo, porque, dada la violencia de la lluvia, la rotura se hubiera producido cualquiera que hubiera sido el espesor o altura de las paredes del depósito. Pero no, aparentemente, por la imprevisibilidad.

(68) No coincide la noción aquí utilizada con la de daño inusual o de baja probabilidad, de SHAVELL *Economic Analysis...*, cit., p. 128.

saria, no influye en el riesgo de producción del accidente (69); Sentencias de 22 de febrero de 1946 y 29 de octubre de 1987 (70).

Imponer responsabilidad en estos casos no afectaría a la precaución a adoptar por el causante, dado que el coste esperado del accidente no se ve alterado en realidad por la conducta de aquél.

Otra regla de no responsabilidad fundada en nociones causales es la que exonera de responsabilidad al causante cuando media «*culpa exclusiva de la víctima*». Según el Tribunal Supremo la presencia de dicha culpa exclusiva de la víctima constituye la causa única del accidente y tiene virtualidad suficiente para romper el nexo causal: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 5 de abril de 1984, 21 de junio de 1985, 18 de abril de 1985, 7 de diciembre de 1987. Ahora bien, así expuesta esta regla, carece de sentido, ya que es obvio que, tanto causante como víctima, son «causas» del accidente —sólo hay accidentes donde hay 2 usos incompatibles de recursos, dice Coase (71)—, y no puede ser causa sólo uno de ellos. Lo que ocurre en la mayoría de los supuestos de no responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima que se considera ordinariamente por los Tribunales es que, a) bien la falta de precauciones, si la hubiera, no influía en la probabilidad del accidente; b) bien se aplica la regla de responsabilidad por culpa; y no concurriendo culpa en el causante, no se retuvo a éste responsable: Sentencias de 31 de mayo de 1983, 12 de diciembre de 1984, 18 de abril de 1985, 21 de noviembre de 1985 y 27 de mayo de 1966 (72). Pero el Tribunal Supremo prefirió considerar estos casos empleando la idea de «culpa exclusiva de la víctima» en el sentido criticado. Y, sin embargo, si, parece posible ofrecer una noción más formal y adecuada en cuanto a supuesto límite de la compensación de culpas. A ella haremos referencia en la sección VII.

(69) Sin duda esta regla se relaciona con la teoría de la causalidad adecuada, a la que el Tribunal Supremo, a menudo, parece acogerse nominalmente: Sentencia de 13 de julio y 29 de octubre de 1987 y 25 de noviembre de 1988. En general, sobre la causalidad adecuada, *vid.* VON CAEMMERER, «Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I*, *cit.*, p. 395; HUBER «Normzwecktheorie und Adaquanztheorie», en *J.Z.*, 1969, p. 677; LANGE, *op. cit.*, p. 57; HART y HONORE *Causation in the Law*, 2.^a ed. Oxford, 1985, p. 465.

(70) En la primera sentencia citada, la acción ilícita del causante —una empresa que hacía trabajar a sus empleados en día no laborable— no influye en el riesgo de que explote un polvorin vecino lesionando a los trabajadores. En la segunda, la conducta negligente —transportar en un vehículo mayor número de personas de las autorizadas— no influye en el riesgo de las lesiones a los pasajeros al ser embestidos por otro vehículo. En realidad, en este último caso, la acción negligente no influye en la probabilidad, pero sí en la gravedad del daño (cuantas más personas en el vehículo, mayor será el daño al sufrir un accidente).

(71) COASE: «The Problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.*, 1960, p. 11.

(72) Se discute, sin embargo, el siguiente caso: un niño queda atrapado y muere al salir por una trampilla de un ascensor en un portal sin vigilancia: la existencia de la trampilla y la omisión de vigilancia son «causa» del accidente («conditio sine qua non» que, además, influye en la probabilidad del accidente); pero no hay negligencia, se dice, por que no se justifica el coste de mantener un vigilante día y noche para evitar los accidentes ocasionables al abrir la trampilla del ascensor.

VI. LA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

VI.1. La segunda forma de selección de los daños resarcibles es la regla de *responsabilidad por culpa*. Esta regla establece que *El causante será responsable, y asumirá por tanto el coste del accidente, si, y sólo si, su nivel de precaución o cuidado es inferior a un determinado nivel que las normas o los Tribunales consideran debido o exigible*. Esta regla se considera —al menos formalmente así lo considera el Tribunal Supremo— como la regla básica, prevalente sobre la responsabilidad objetiva: Sentencias de 10 de junio de 1981, 16 de octubre de 1981, 27 de mayo y 4 de octubre de 1982, 25 de abril, 6 y 16 de mayo de 1983, 20 de junio y 12 de diciembre de 1984, 18 de febrero, 10 de julio y 1 de septiembre de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de noviembre de 1987 (73). Como los tribunales, con nuestros supuestos, pueden determinar el nivel de cuidado óptimo, pueden considerar éste como el nivel de precaución debido, por debajo del cual el causante es negligente, es culpable y por ende responsable.

Si proceden así, ¿qué incentivos se están creando para la adopción de ese nivel óptimo de cuidado? Si el causante no alcanza ese nivel óptimo, cargará con todo el coste: si alcanzara justo dicho nivel, no responde de nada; si lo sobrepasa, tampoco responde, pero incurrirá en un coste de precaución adicional innecesario. Por tanto, la responsabilidad por culpa, si el nivel de cuidado debido se hace coincidir con el óptimo para el causante, incentiva a éste a adoptarlo. En cuanto a la víctima, también adoptará su nivel óptimo, por cuanto que, dado que el causante lo hace, habrá de soportar el coste esperado del accidente; y minimiza sus costes (coste del accidente + coste de prevención), precisamente en el nivel de precaución óptimo (que suponemos conoce).

El Tribunal Supremo traduce la primacía del principio de la culpa en la necesidad de calificar jurídicamente la conducta de hecho del causante (Sentencia de 31 de mayo de 1981, 23 de marzo, 7 de febrero, 22 de marzo y 13 de diciembre de 1983, 14 de junio de 1984), con el fin de determinar si éste es culpable o negligente: lo será si su comportamiento no se ajusta al standard de diligencia que le era exigible; no lo será si su comportamiento se acomoda al mismo; Sentencia de 12 de julio de 1984, 29 de abril de 1985, 16 de mayo de 1986, 23 de octubre de 1986, 22 de abril de 1987.

Pero sabemos que el Tribunal Supremo exige, para que haya culpa del causante, también la previsibilidad del daño usando la diligencia debida. Hemos considerado anteriormente que una de las facetas de la pre-

(73) La misma regla parece dominar como regla general —susceptible de numerosas excepciones— el ámbito de los daños accidentales en otros sistemas: en Alemania *MEDICUS Schuldrecht...*, cit., p. 335; ZEUNER «Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens in Zivilrecht» en *JZ*, 1966, p. 5; en Francia, LE TOURNEAU, *op. cit.*; en Italia, ALPA y BESSONE *I fatti illeciti*, cit., p. 289; en los países anglosajones, FLEMING, *the Law of Torts*, cit., p. 97, 301 y PROSSER y KEETON, *o. c.*

visibilidad puede explicarse en términos de la amplia noción causal del análisis económico de los accidentes. Ahora podemos tratar de explicar de forma más completa la previsibilidad, en el sentido de que el nivel de diligencia debido (que suponemos es el óptimo), incorpora no sólo la precaución adoptada para la reducción de la probabilidad del accidente, sino también la adquisición por el causante de información que permita reducir aquélla.

Usando la ordinaria diligencia, será previsible aquél accidente en el que el coste de adquisición e información sea inferior al beneficio que proporciona en términos de reducción de los costes del accidente. En definitiva, se considerará culpable —y por tanto, responsable del accidente— al causante si no alcanza un nivel de información y un nivel de precauciones cuyos costes son excedidos por sus ventajas en la disminución del coste esperado del accidente.

VI.2. Ahora bien, *la eficiencia de la regla de responsabilidad por culpa está condicionada a que los Tribunales consideren como nivel de diligencia exigible al causante el socialmente óptimo*. Esto no presenta problemas para la teoría propuesta, dado que hemos supuesto que los Tribunales conocen los datos que permiten determinar el nivel socialmente óptimo (74).

Lo que procede entonces preguntarse es si esta interpretación económica de la culpa proporciona una cierta explicación razonable de la aplicación efectiva de las reglas de responsabilidad. Parece obvio que los Tribunales no utilizan la terminología del análisis coste-beneficio en la determinación de la diligencia debida. Sin embargo esto no es relevante. No tienen por qué hacerlo: existe una terminología jurídica acuñada y no hay ninguna razón para abandonarla, si se utiliza de forma correcta y consciente de su sentido e implicaciones.

Muy grave sería, no obstante, el hecho de que los Tribunales pretendiesen determinar los grados de diligencia debida de acuerdo a criterios éticos: la diligencia tendría como límite lo que no es éticamente exigible. Sin embargo, la idea standard de diligencia como criterio ético es un contrasentido. ¿Por qué? Simplemente, porque todo standard comporta una componente mayor o menor de objetividad y esto parece ser incompatible con la ética. Como dice Williams «un standard objetivo no es un criterio ético y un standard subjetivo en una contradicción en sus términos (75).

(74) Como se dijo en las secciones III y IV, el grado de realismo o irrealismo de los supuestos es variable, según los casos, y, por supuesto, cuestión discutible. Sin embargo, no es esto lo más importante; lo decisivo es, por un lado, si la teoría es consistente con sus supuestos —creemos que lo es; y por otro, si es útil en su relación con la realidad, esto es, si nos permite explicar y predecir de cierta manera (no total y no perfecta) el comportamiento real de ciertos sujetos, lo cual puede ayudarnos a comprender el funcionamiento real del sistema jurídico y sus consecuencias sociales. *Vid.*, las consideraciones sobre la aproximación al derecho y a la responsabilidad civil a través de modelos económicos, de VELJANOVSKI, *ob. cit.*, p. 125.

(75) WILLIAMS: «The Aims...», *cit.*, p. 160.

Evidentemente, no pretendemos que los Tribunales tengan real y explícitamente como objetivo la maximización del bienestar social, ni el incentivo de las conductas socialmente deseables; ni que realicen en la práctica refinados análisis de costes y beneficios marginales. Pero sí es cierto que en muchos casos los Tribunales, a la hora de aplicar la regla de la culpa, han comparado, siquiera sea implícita y muy someramente, lo costoso y gravoso del cuidado a adoptar por el causante y la probabilidad del accidente según ese cuidado. Por ejemplo, las omisiones de vigilancia en las Sentencias de 14 de junio de 1984 y 27 de mayo de 1986 fueron consideradas, respectivamente, negligente y no negligente. En el primer caso se trataba de una piscina, en la que una niña murió ahogada. En el segundo, un portal en cuyo ascensor un niño murió atrapado al tratar de salir por una trampilla al hueco de aquél.

Se ha considerado negligente no apuntalar un edificio antiguo ni consultar con los servicios técnicos municipales sobre el particular, cuando se estaba derribando el colindante y ya habían avisado los ocupantes del edificio del peligro y de la convivencia de aquellas medidas (Sentencia de 19 de diciembre de 1987); igualmente, el no poner de manifiesto el carácter inflamable de las materias almacenadas, permitiendo que en el interior del almacén unos operarios decidieron utilizar un soplete eléctrico (Sentencia de 1 de diciembre de 1987); lo mismo, la falta de vigilancia del cumplimiento de las correctas medidas de cuidado ya adoptadas en el desmontaje de una instalación de hornos de alta tensión, operación de gran riesgo para los trabajadores que intervinieron en ella (Sentencia de 2 de noviembre de 1987); no proporcionar casco o cinturón de seguridad a un trabajador que iba a instalar una marquesina a cierta altura (Sentencia de 18 de marzo de 1986); no vigilar la proximidad de ciertos edificios a los tendidos de alta tensión, cuando éste es un factor de alto índice de riesgo y fácil creación de peligro (Sentencia de 24 de enero de 1986); no separar suficientemente de los edificios vecinos un cobertizo lleno de madera, no adoptar ninguna medida de vigilancia del mismo (Sentencia de 23 de enero de 1986); no solicitar los planos de la red telefónica antes de realizar obras de pavimentación con excavadoras en el interior de una población (Sentencia de 19 de febrero de 1985). Se puede hablar con razón en estos casos de exigencia de una diligencia «posible y socialmente adecuada»: Sentencia de julio de 1983.

No pretendemos con ello, sin embargo, ofrecer una comprobación empírica de la teoría económica de la culpa, porque muchas otras Sentencias podrían citarse como contradictorias; la de 20 de diciembre de 1982, por poner un ejemplo patente; simplemente, que los resultados que ofrece el análisis económico de la responsabilidad civil son consistentes con la realidad y permiten cuando menos una aproximación ilustrativa a la misma.

Vamos a examinar a continuación algunas de las doctrinas con las cuales el sistema español de la responsabilidad civil ha tratado de paliar la rigidez de la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa.

VI.3. La primera de ellas es la *inversión de la carga de la prueba o presunción «iuris tantum» de culpa en el causante*, recogida en innumerables sentencias: Sentencia de 21 de junio, 13 de mayo y 1 de octubre de 1985; 24 de enero, 31 de enero, 17 de marzo, 2 de abril y 22 de diciembre de 1986; 20 de marzo, 22 de abril, 27 de junio, 17 de julio de 1987, y 8 de julio de 1988 (76). Por excepción, no opera esta inversión en algunos ámbitos específicos, como el de la responsabilidad médica (Sentencia de 12 de julio de 1988).

Una vez establecido que un daño ha sido causado por el causante, habrá de ser éste el que pruebe que alcanzó el nivel de diligencia debida; si no lo prueba se estimará que fue negligente y deberá por tanto responder del daño.

En otros sistemas no existe una regla de inversión de la carga de la prueba tan amplia. Así, en el derecho angloamericano, la regla general es la de que la víctima ha de probar la negligencia, salvo que el accidente sea de tal clase que, según la normal experiencia, dé lugar a una inferencia inmediata de la negligencia del causante, en cuyo caso se presumirá ésta (regla «Res Ipsa Loquitur») (77). En Francia y Alemania la carga de la prueba de la culpa incumbe a la víctima, salvo en aquellos supuestos en que el criterio legal (artículo 1384 p. 4 y 6 Code Civil, § 831, 832, 833 P. II BGB) o jurisprudencial (§ 823 P. II BGB) invierte la carga de la prueba. En Italia el criterio general es el mismo que en estos últimos sistemas, si bien en algún caso (responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores no emancipados), se discute si hay inversión de la carga de la prueba o verdadera responsabilidad objetiva (78).

Sin embargo, es preciso distinguir entre regla de responsabilidad y carga de la prueba (79). La inversión de la carga de la prueba no desvirtúa por sí misma la regla de responsabilidad por culpa como tal regla. En realidad, en el modelo teórico, con los supuestos que hemos realizado, la inversión es escasamente relevante, dado que los Tribunales pueden siempre determinar si el causante ha sido o no culpable. Y dicha inversión lo que hace es adosar al causante el riesgo de que el tribunal no pueda establecer si el nivel de diligencia del causante alcanza el nivel de diligencia debido, bien porque no pueda conocer el nivel de cuidado

(76) Para un completo examen de la evolución de la jurisprudencia española en materia de prueba de la diligencia, *Vid.* CAVANILLAS MUGICA *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, p. 66.

(77) *Vid.*, PROSSER y KEETON, *ob. cit.*, p. 239 FLEMING, *op. última cit.*, p. 285.

(78) Dado que la prueba liberatoria para los padres es la de haber impartido a los hijos una adecuada educación, y la falta de ésta la deducen los Tribunales en muchos casos de hecho de haber cometido el hijo un acto ilícito: Cass. 16 maggio 1984 n.º 2995. Tampoco resulta clara la configuración de los artículos 2050 y 2051 (ejercicio de actividades peligrosas y la custodia de cosas potencialmente dañosas), entre presunción de culpa —con alcance diverso además— y responsabilidad sin culpa.

(79) CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985, p. 593.

realmente observado, bien —más raramente— porque sea incapaz de establecer un standard de diligencia.

Si ocurre alguno de estos dos hechos, la inversión de la carga de la prueba introduce en la responsabilidad por culpa un componente de responsabilidad objetiva. Componente que será tanto mayor cuanto mayor sea la dificultad que los Tribunales encuentran en comparar ambos niveles de diligencia (el observado y el debido). En aquellos supuestos en que la dificultad sea verdadera imposibilidad, transforma la regla de responsabilidad por culpa en una regla de responsabilidad objetiva.

VI.4. *La compensación de culpas*

VI.4.1. El sistema español de la responsabilidad civil introduce una corrección en la regla de la responsabilidad por culpa, a través de la doctrina llamada *compensación, concurrencia o concurso de culpas* (80). Según esta doctrina, «la interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima concomitante con la del daño hecho, pero sin llegar a la ruptura de la causalidad... determina la moderación de la suma a satisfacer y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización...»: Sentencia de 31 de marzo de 1978; en idéntico sentido, las de 16 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 5 de abril y 15 de diciembre de 1984, 21 de junio, 10 de junio y 28 de octubre de 1985, 23 de septiembre, 17 y 19 de diciembre de 1986, 20 de febrero, 29 de octubre, 7 de diciembre de 1987, 7 y 28 de octubre de 1988.

Esta doctrina no es más que una muestra de la actitud común en todos los sistemas de derecho de accidentes a corregir la aplicación de las reglas generales de responsabilidad —que sólo valoran el comportamiento del causante, aunque el accidente sea bilateral— enjuiciando asimismo la conducta de la víctima, de forma que el resultado de dicha aplicación se ve alterado si la víctima no observa la diligencia a ella exigible (81).

En efecto, la doctrina de la compensación de culpas no modifica el resultado de la regla de la culpa si el causante no es negligente: el causante no responde. Ahora bien, si el causante no alcanza el nivel debido

(80) *Vid.*, las precisiones terminológicas de la Sentencia de 15 de diciembre de 1984.

(81) La otra fórmula fundamental es la «Contributory negligence» del derecho angloamericano, que es una «defence» que determina la total exoneración de responsabilidad del causante cuando la víctima ha participado con su negligencia en la producción del daño. El estudio clásico en la materia es WILLIAMS *Joint Torts and contributory Negligence*, London, 1951. Sin embargo, la compensación de culpas se ha impuesto en Gran Bretaña por el Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945; lo mismo ha ocurrido en Estados Unidos, por acción legislativa o judicial, según los estados (sólo trece estados y el Distrito de Columbia mantiene la regla tradicional), si bien en algunos casos la «Contributory negligence» se mantiene si la culpa de la víctima supera a la del causante. En Alemania (par. 254. II BGB), Italia (art. 1.227 Codice civile) y en Francia (Le Tourneau, *op. cit.*, p. 259), la regla es la compensación de culpas cuando hay negligencia por ambas partes.

de cuidado, la regla de la culpa le endosaría el entero coste del accidente. Con la compensación de culpas, este resultado varía si la víctima es asimismo negligente; el causante deberá cargar sólo con una parte del coste, mientras que la víctima asumirá la parte restante. La fracción correspondiente a cada una viene determinada de diferente modo, según veremos, por una valoración de las culpas de ambos.

¿Incentiva esta corrección de la regla de la culpa la adopción de los sujetos del nivel óptimo de diligencia? (82). Puede parecer que la compensación de culpas presenta inconvenientes en un doble frente: de un lado, frente a la regla de la culpa, tendería a reducir los incentivos al cuidado del causante al disminuir el coste que éste ha de afrontar si la víctima es culpable; de otro, frente a la regla de la «contributory negligence»; no promovería suficientemente el cuidado de la víctima al no eliminar completamente la responsabilidad del causante, sino reducirla a una cierta porción del coste.

Sin embargo, se puede demostrar que la culpa con compensación produce, en el ámbito del modelo simplificado diseñado y sus supuestos, los mismos óptimos resultados que la regla de la culpa, y que la culpa con «contributory negligence».

Un resultado no óptimo podía producirse en dos situaciones distintas: 1) cuando uno de los sujetos alcanza el nivel de cuidado óptimo y no el otro; 2) cuando ambos sujetos son negligentes. Pues bien, es posible probar como ninguna de estas dos situaciones puede darse en equilibrio bajo la regla de la compensación, y por tanto la única opción que resta es la del cuidado óptimo de ambos.

1) Supongamos que la víctima adopta el nivel óptimo de cuidado; dado este nivel, el causante adoptará también el nivel óptimo pues de lo contrario pechará él con el entero del coste del accidente. Supongamos que es el causante el que adopta el nivel óptimo; dado este nivel, la víctima, adoptará asimismo el cuidado óptimo por la misma razón por la que lo adopta bajo la regla de culpa; ya que el causante no asume nada del coste del accidente, la víctima minimizará los costes de precaución y costes del accidente adoptando el nivel óptimo de cuidado, que hemos convenido será el nivel exigible.

2) Supongamos ahora que ambas partes son negligentes. La compensación de culpas determina que en este caso cada una asumirá una fracción del daño.

Llamaremos a la fracción de la víctima, a ; la del causante será pues $(1-a)$, siendo $0 < a < 1$.

(82) La literatura económica sobre la compensación de culpas es ya amplia: SCHWARTZ «Contributory and Compative Negligence: A reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978, p. 697; LANDES y POSNER «Joint and Multiple Tortfeasors: And Economic Analysis», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 517; HADDOCK y CURRAN «An Economic Theory of Comparative Negligence», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985, p. 49; REA «The Economics of Comparative Negligence» en 17 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 1987, p. 149; RUBIENFELD «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud.*, 1987, p. 375.

Llamaremos V^{op} al nivel óptimo de cuidado de la víctima y C^{op} al del causante.

Sea V^{nop} un nivel negligente de cuidado de la víctima y C^{nop} un nivel negligente de cuidado del causante.

Llamaremos $c(V^{op})$, $c(C^{op})$, $c(V^{nop})$, y $c(C^{nop})$, a los respectivos costes de los distintos niveles de cuidado.

Llamaremos $P(V^{nop}, C^{nop})$, a la probabilidad del accidente con esos niveles negligentes de cuidado. Sea D el daño total derivado del accidente.

Para que la víctima se vea incentivada a ser negligente es preciso que sus costes en el nivel negligente sean inferiores a sus costes en el nivel óptimo: $a \times P(V^{nop}) \times D + c(V^{nop}) < c(V^{op})$.

Idéntica condición es precisa para que el causante sea negligente: $(1-a) \times P(C^{nop}) \times D + c(C^{nop}) < c(C^{op})$.

Para que ambos sean negligentes a la vez, habrá que sumar expresiones, de lo que resulta: $P(V^{nop}, C^{nop}) \times D + c(V^{nop}) + c(C^{nop}) < c(V^{op}) + c(C^{op})$.

Es decir, sería preciso, para que ambos sujetos fueran negligentes bajo la compensación de culpas, que los costes del accidente más los costes de cuidado de las partes en el nivel negligente sean inferiores a los costes de cuidado óptimo, lo cual es imposible dada la definición del nivel de cuidado óptimo.

Por tanto, *la compensación de culpas no incentiva que ambas partes sean negligentes, ni que una lo sea mientras la otra alcanza el nivel óptimo de precaución; ello implica que incentiva la adopción por causante y víctima de la diligencia óptima.*

VI.4.2. El Tribunal Supremo, sin embargo, no considera la compensación de culpas como una regla especial de la responsabilidad por culpa, sino una doctrina que produce sus efectos en el ámbito de las nociones causales. Entiende que se trata de la doctrina que permite dar una solución a los casos en los que, sin haber culpa exclusiva de la víctima, hay una conducta negligente de su parte; es decir, que no hay ruptura de la relación de causalidad porque la negligencia de la víctima no es factor único del accidente, pero interviene con eficacia causal: Sentencia de 7 de diciembre de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1984, 16 de mayo de 1983.

Esta consideración responde parcialmente al fenómeno empírico de que en la mayoría de los casos en que viene aplicada la compensación de culpas, los causantes, para exonerarse de responsabilidad, alegan la culpa exclusiva de la víctima. Tampoco son ajenas a las mismas las vacilaciones y confusiones entre el plano de la causalidad y el plano del standard de diligencia, en que suele incurrir la jurisprudencia española.

Sin embargo, la compensación de culpas no comporta el uso de nociones causales distintas, ni plantea más problemas causales que los de la regla de responsabilidad por culpa.

Lo que ocurre es que las nociones y los problemas causales se refie-

ren no sólo a la relevancia causal, en los tres planos a los que hicimos referencia en V.3.3, de la falta de diligencia del causante, sino también a la de la falta de diligencia de la víctima. Por ello, si el daño que se produce no es de aquellos que, dado un nivel de información bastante, se ven afectados por las medidas de cuidado de la víctima, la culpa de ésta no está causalmente conectada al accidente; si la falta de medidas de cuidado de la víctima no ha sido condición necesaria del accidente (Sentencia de 18 de noviembre de 1987), no existirá —al menos según es criterio del Tribunal Supremo— nexo causal apto a fundar la compensación de culpas; y tampoco lo habrá si el defecto de diligencia de la víctima no aumenta concretamente la probabilidad de producción del accidente (Sentencia de 29 de octubre de 1987) «rectius», no afecta al coste esperado del accidente (83).

De esta forma, son siempre *tres* los planos de la relación causal que aparecen en la aplicación de toda regla de responsabilidad, sea responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva (aunque, en este caso, entrando también en juego los niveles de actividad) o responsabilidad por culpa con compensación de la culpa de la víctima.

VI.4.3. La compensación de culpas impone que si ambas partes son negligentes cada una deberá soportar una fracción del coste del accidente. Pero una cuestión se suscita inmediatamente: ¿Cómo se determina la fracción que corresponde a la víctima?

La solución no parece desprenderse fácilmente de las decisiones del Tribunal Supremo. En numerosas ocasiones, éste, amparándose en la facultad moderadora del artículo 1103 Código civil, parece querer decir que dicha fracción se fija discrecionalmente por los Tribunales atendiendo sobre todo a consideraciones de equidad: Sentencia de 25 de marzo y 29 de mayo de 1980, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984, 18 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1987 (84). Sin embargo, en estos casos, el reparto equitativo se apoya en el presupuesto de la entidad igualitaria de las culpas de causante y víctima, por lo que parece poder englobarse, al menos en parte, dentro del primero de los sistemas de cómputo que vamos a examinar.

Dos son, aparentemente, los criterios que van a permitir la determinación de la fracción que asumirá cada sujeto.

El primero de ellos es el de la comparación de las entidades de las culpas de causante y víctima: Sentencia de 13 de octubre de 1981, 20 y 27 de junio de 1983, 21 de junio de 1985, 19 de diciembre de 1986, más las citadas más arriba.

Si llamamos V^{op} y C^{op} a los niveles óptimos de diligencias de vícti-

(83) En realidad, la negligencia de la víctima (que transportaba tres adultos y seis niños en el mismo vehículo), no afectaba a la probabilidad de ser embestido por un camión, pero sí a la magnitud del daño que del accidente pudiera derivar. Por ello es criticable la decisión del Tribunal Supremo.

(84) *Vid.* La crítica de la utilización de 1103, de Díaz Alabart, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1988, en 12 *Poder Judicial*, 1988, p. 136 y ss.

mas y causante, y V^n y C^n a los niveles (no diligentes) efectivamente observados (estos niveles se pueden cuantificar a través de su coste), podríamos expresar formalmente este criterio del siguiente modo:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{V^{op} - V^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{C^{op} - C^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

El segundo criterio es el del reparto «proporcional a la relación directa que las actividades culposas hayan tenido en la producción del resultado dañoso»; Sentencia de 20 de febrero de 1987; y de la Sala 2.^a, Sentencias de 28 de septiembre de 1982, 24 de marzo de 1983, 22 de febrero de 1985, 7 de octubre de 1988. Este criterio puede expresarse formalmente a través de la agravación de la probabilidad del accidente por efecto de la falta de diligencia de cada uno.

Si llamamos $P(V^{op}, C^{op})$, $P(V^n, PV^n)$ a las probabilidades del accidente, dados los niveles de cuidado anteriormente expuestos, resultaría:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

Los resultados que producen la aplicación de estos criterios pueden ser, sin embargo, bastante dispares. Supongamos que los niveles óptimo y real de cuidado del causante (medidos por su coste), fueran 40 y 10, respectivamente; y los de la víctima, 20 y 5, respectivamente; y que la probabilidad (medida en tanto por ciento) del accidente fuera, en el nivel de cuidado óptimo por parte de ambos, 6; si el causante no es diligente, la probabilidad será de 12; si la víctima no lo es, de 8.

Los resultados de los dos criterios son los siguientes:

CRITERIO 1

$$\text{Víctima: } \frac{20 - 5}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{15}{45} = \frac{1}{3}$$

$$\text{Causante: } \frac{40 - 10}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{30}{45} = \frac{2}{3}$$

CRITERIO 2

$$\begin{array}{l} \text{Víctima:} \quad \frac{8 - 6}{12 - 6 + 8 - 6} = \frac{2}{8} = \frac{1}{4} \\ \\ \text{Causante:} \quad \frac{12 - 6}{12 - 6 + 8 - 6} = \frac{6}{8} = \frac{3}{4} \end{array}$$

Por tanto, según el primer criterio, la víctima cargará con un 33 % del coste del accidente, y según el segundo, con el 25 %; el causante, con 67 % y un 75 %, respectivamente (85).

VI.4. Hemos visto que la compensación de culpas, como doctrina correctora de la responsabilidad por culpa, produce resultados eficientes en términos de incentivos para el cuidado de las partes.

Sin embargo, idénticos resultados se obtienen a través de la regla de la culpa corregida con la «contributory negligence». Más aún, ésta última, según algunos autores, determina un ahorro en costes de administración del sistema: elimina todo resarcimiento para aquella víctima que sea negligente en cualquier grado, lo cual incentiva la reducción en la litigiosidad y hace los procesos más sencillos al eliminar el cálculo de la fracción del coste del accidente que corresponde a cada sujeto (86).

¿Cuáles son entonces las ventajas de la compensación de culpas? Se han intentado encontrar en la justicia y la equidad (87). Pero en términos de eficiencia, en nuestro modelo simplificado, no reporta ningún beneficio adicional respecto a reglas más sencillas.

No obstante, hay modelos más complejos, que introducen relajación de varios de los supuestos del aquí expuesto, dando entrada al error de cálculo del cuidado debido (88), a la falta de respuesta de algunos sujetos a los incentivos de las reglas jurídicas, con decisiones de cuidado tanto simultáneas como sucesivos, (89) a la variación en el carácter de causantes y víctimas (90) (nosotros supusimos que todos los causantes y todas las víctimas era idénticos). En ellos resulta que la regla más eficiente es precisamente la de la compensación de culpas; o más en general, toda regla que no fraccione el coste del accidente entre los intervinientes, es menos eficiente que una que lo fraccione, y la compensación de culpas es la más destacada dentro de este tipo de reglas.

(85) En los sistemas angloamericanos parece predominar el primer sistema. GOETZ *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul, 1985, p. 308. En Alemania, el par. 254 BGB, escoge el segundo de ellos, mientras el artículo 1.227 del Codice civile italiano se refiere a ambos, incurriendo en una cierta contradicción.

(86) POSNER *Economic Analysis...*, cit., p. 157.

(87) SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 721; ésta parece ser la principal justificación para nuestro Tribunal Supremo.

(88) HADDOCK y CURRAN, *op. cit.*, p. 63.

(89) REA *op. cit.* p. 156.

(90) RUBINFELD, *op. cit.* p. 384.

VI.5. *El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia.*

VI.5.1. *El tercero de los correctores de la regla de responsabilidad por culpa adoptados por el Tribunal Supremo es la doctrina llamada del agotamiento de la diligencia.*

Esta doctrina, con el presupuesto de la inversión de la prueba de la culpa, establece que la presunción «iuris tantum» de culpa no se elimina con el cumplimiento de las prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas son insuficientes para evitar el riesgo, exigiéndose agotar la diligencia: Sentencia de 10 de julio de 1985, 28 y 31 de octubre de 1988, entre otras muchas. Esto implica, en palabras de la sentencia de 31 de enero de 1986, que «si se ha producido un resultado dañoso, es por no haberse tomado las necesarias precauciones», lo que da pie a pensar que la aplicación de esta doctrina representa el fin de la regla de responsabilidad objetiva (91).

Sin duda, si la misma fuera siempre realmente lo que parece desprenderse de las dos sentencias arriba citadas, habría que estar de acuerdo con esa afirmación. ¿Por qué? Pues porque *exigir adoptar todas las medidas para evitar el riesgo de accidente, de forma que si éste se produce, se infiere que el causante fue negligente, supone que el nivel de cuidado debido es aquel que hace cero el coste esperado del accidente* (92). Si ello indujera al causante a adoptar este nivel de cuidado, el agotamiento de la diligencia sería una regla abiertamente ineficiente dado que ese nivel no es el socialmente óptimo. Pero esto no será así; el causante no escogerá nunca este nivel de cuidado, pues preferirá el óptimo dado que en éste sus costes son menores aun teniendo que pagar el coste del accidente, por la propia definición de nivel óptimo de diligencia; los costes de prevención son tan altos en aquel otro nivel, que sobrepasan la ventaja de evitar la responsabilidad. Tampoco adoptará el causante un punto intermedio porque en aquel por definición se halla siempre mejorado («better off»). En realidad, el agotamiento de la diligencia funcionará como responsabilidad objetiva pues, si el accidente se da, el causante será responsable, no por la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva formalmente declarada como tal, sino por entenderse que no ha alcanzado el nivel de diligencia debido. Dada esta equivalencia real nos remitiremos a la sección siguiente para examinar los efectos de la regla de la responsabilidad objetiva y sus correcciones en los accidentes bilaterales.

VI.5.2. Sin embargo, resulta imprescindible realizar dos puntualizaciones: por un parte, *no puede entenderse que la doctrina del agotamiento de la diligencia ha procedido a una completa sustitución de la responsabilidad objetiva*. Y ello no porque el Tribunal Supremo siga pro-

(91) O'CALLAGHAN «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», en *A.C.*, 1986, p. 13.

(92) En realidad, este nivel de cuidado que elimina el coste esperado del accidente no existe en la realidad, dado que siempre existen daños que por mucha precaución que se tome, no se pueden evitar (aunque sea por la dificultad de su identificación).

clamando la primacía de la culpa, sino porque en muchos casos exonera de responsabilidad, existiendo daño, precisamente porque no concurría el requisito de la negligencia del causante: Sentencia de 9 de julio de 1984, 15 de abril de 1985 (y en este caso el causante incumplió una prevención reglamentaria, pues la excavadora del causante excedía en 5 cm. la anchura máxima autorizada), 26 de noviembre de 1987, 16 de diciembre de 1988, 17 de mayo de 1989: y en muchas sentencias más afirma la responsabilidad tras realizar una indagación sobre el ajuste de la diligencia observada a la debida: 11 de mayo y 1 de julio de 1983, 14 de junio y 12 de julio de 1984, 19 de febrero y 21 de junio de 1985, 11 de febrero de 1986, 2 y 19 de diciembre de 1987, 26 de diciembre de 1988, 6 y 8 de marzo de 1989.

Por otra parte la doctrina del agotamiento de la diligencia se ha convertido prácticamente en una fórmula fija en numerosas sentencias bien diversas: en algunos casos parece responder de forma más o menos consciente a una tendencia objetiva clara por parte del Tribunal Supremo; así en materia de accidentes producidos por los ferrocarriles (ya desde la lejana sentencia de 29 de junio de 1932, hasta las de 11 de enero de 1979, 3 de diciembre de 1983; pero hay que ver también la reciente de 15 de marzo de 1988); en materia de accidentes de automóvil — objetivación ya impuesta legislativamente, pero que el Tribunal Supremo, para salvar formalmente la primacía de la culpa, realiza a través del agotamiento de la diligencia: Sentencia de 17 de marzo de 1981, 31 de enero de 1986, 16 de mayo de 1986.

Pero en otros casos, no sirve más que para resolver de manera contradictoria casos idénticos: Sentencia de 20 de diciembre de 1982 (responsabilidad por un incendio con incertidumbre sobre la causalidad, al aplicar el agotamiento de la diligencia) y 9 de julio de 1985 (no responsabilidad al no exigirse el agotamiento), con justificación más que discutible.

VII. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

VII.1. La última de las reglas de responsabilidad es la de *responsabilidad objetiva*: según esta regla, *el causante de un accidente asumirá sus costes cualquiera que sea el nivel de precaución adoptado* ¿Qué comportamiento induce esta regla en los sujetos? (93).

En los accidentes unilaterales, el resultado inducido será el óptimo dado que, al cargar el causante con el costo del accidente en todo caso, adoptará el nivel de cuidado óptimo, porque con ello la inversión de una peseta en cuidado se traducirá en la reducción de más de una peseta en el coste esperado del accidente. Con un nivel de cuidado menor, todavía

(93) *Vid.*, sobre la responsabilidad objetiva en la literatura económica: SHAVELL, *Economic Analysis*, cit. cap. 2; ID «Strict Liability versus Negligence», en *9 J Legal Stud.*, 1980, p. 1; POLINSKY *Introducción...*, cit., p. 61; POSNER *Economic...*, cit., p. 160.

queda coste esperado —y es el causante, recordemos, el que lo va a sufrir— que reducir si adopta más precauciones. Con un nivel superior, gastaría más en precauciones de los que obtendría en reducción del coste esperado del accidente.

En los accidentes bilaterales, por lo que respecta al causante, no hay más que reproducir lo apenas expuesto. En cuanto a la víctima, por contra, la responsabilidad objetiva determina que no adopte ningún cuidado, toda vez que el coste del accidente se transfiere en todo caso al causante. Siempre le resarcirá el causante, y no le reporta ninguna ventaja gastar una peseta en precaución.

Además de estos efectos sobre los niveles de cuidado, en la responsabilidad objetiva incide de forma considerable un factor que hasta el momento no habíamos tenido en cuenta. *Este factor es el nivel de actividad del causante. Si este nivel incide en el coste esperado del accidente, en el sentido de que a mayor nivel de actividad, mayor coste esperado de accidentes, la responsabilidad objetiva puede inducir al causante a adoptar un nivel óptimo de actividad, lo cual no puede hacer la responsabilidad por culpa.* Supongamos que el causante adopta un nivel óptimo de cuidado. Si la regla es la responsabilidad por culpa, no responde y no asume nada del coste de los accidentes. Por tanto, a la hora de decidir cuál será su nivel de actividad, no tendrá en cuenta los accidentes que se producirán por un incremento de esa actividad, por lo que elegirá un nivel de actividad más elevado del socialmente óptimo. Por contra, si la regla de responsabilidad es objetiva, el causante elegirá el nivel de actividad óptimo dado que debe asumir el coste de los accidentes que cause, aunque su diligencia sea la debida. Entonces, a la hora de elegir su nivel de actividad, tendrá en cuenta el coste de los accidentes que produciría un incremento del nivel de su actividad.

Para calcular el nivel de actividad socialmente óptimo es preciso descontar, de la utilidad que produce la actividad, el coste (incluido el de accidente) que genera, y sólo la responsabilidad objetiva conduce a efectuar correctamente este cálculo.

VII.2 Por ello, no es de extrañar que en el sistema de la responsabilidad civil *reglas de responsabilidad objetiva rijan en ámbitos de accidentes unilaterales y en los que el volumen de actividad parece afectar de manera importante a la probabilidad y cuantía de los daños, aún siendo adecuados los niveles de cuidado*: así, en materia de accidentes derivados de la navegación aérea (artículo 120 Ley de Navegación Aérea) y de la explotación de energía nuclear (artículo 45 Ley sobre energía nuclear de 29 de abril de 1964) (94).

(94) Solución idéntica a la adoptada en otros sistemas como el alemán: Luftverkehrsgesetz, 1981, Atomgesetz, 1985. *Vid.* MEDICUS *op. ult. cit.*, p. 390; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 368; o el francés: Código de la aviación civil y comercial de 1967, Ley de 29 de noviembre de 1986; *Vid.*, LE TOURNEAU *op. cit.*, p. 752. Por contra, en Estados Unidos se discute el sometimiento de los daños nucleares y aeronáuticos a la regla de responsabilidad objetiva, y la solución parece más bien ser negativa: PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 557.

Efectivamente, parece que se trata de tipos de daños en los cuales la conducta de la víctima no influye —por lo menos en los supuestos ordinarios—, en la probabilidad del accidente; y dados los altos costes que un accidente aéreo o nuclear puede provocar, parece conveniente que las actividades que los generan internalicen los costes derivados de ellos aunque se hayan adoptado los medios de precaución exigibles. Sin embargo, en el sistema español existen otros ámbitos de daños en los que —aún con dudas en algún caso— se aplica la regla de la responsabilidad objetiva, y que no son claramente —o no lo son en absoluto— accidentes unilaterales: así en el ámbito de daños de productos a los consumidores (artículos 25 y 28 Ley de consumidores) (95). Y en el ámbito de los daños personales producidos por vehículos de motor (96) (artículo 1 Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986). Y hemos mencionado los posibles efectos desincentivadores de la adopción de medidas de precaución por parte de las víctimas que puede tener una regla de responsabilidad objetiva, cuando dichas medidas son convenientes para prevenir el daño, es decir, cuando el accidente es bilateral.

VII.3. Es posible, sin embargo, eliminar estos efectos negativos, introduciendo algunas correcciones en la responsabilidad objetiva haciendo que la víctima asuma una parte del coste del accidente, si no toma las precauciones debidas.

No se trata de una regla de compensación de culpas en sentido estricto, porque el nivel de cuidado del causante no es un factor relevante, no se valora (si lo fuera, nos hallaríamos ya en el campo de la regla de la culpa). Sólo será valorada la conducta de la víctima. Determinado el nivel de diligencia óptimo de aquella, si es alcanzado, el causante asume el entero coste. Pero si no lo es, la víctima tendrá que cargar con una parte del mismo.

Cual sea la proporción en que participe la víctima dependerá del nivel de precaución de ésta en relación con el óptimo. Si el nivel de cuidado adoptado se aproxima o tiende a 0, la fracción del coste que asumirá la víctima, tenderá a 1, y en el límite será 1.

Sólo en el límite, la «culpa exclusiva de la víctima» como exoneradora de responsabilidad del causante, determina un resultado eficiente. Y para ello es preciso, además, que a este límite se llegue de forma no discontinua, esto es, que el causante no pase bruscamente de afrontar todo el coste a, cuando el cuidado de la víctima es 0, quedar exonerado. En función del decrecimiento en el cuidado de la víctima, irá creciendo la

(95) La defectuosa técnica legislativa de estas normas ha producido ciertas dudas en la doctrina: *vid.*, BERCOVITZ (Rodrigo) «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo y bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs.), Madrid, 1987, p. 240; CAVANILLAS Responsabilidad civil y tutela del consumidor, Palma de Mallorca, 1985, p. 90.

(96) En el colmo de la confusión se establece en el sistema español (ya desde la ley de 1962), una doble regla de responsabilidad, para un mismo accidente, según el tipo de daño: responsabilidad objetiva para los daños personales, por culpa para los materiales.

fracción a soportar por ésta, hasta hacerse 1 en el límite. De lo contrario, con el «todo o nada», la víctima se ve inducida a un nivel de precaución subóptimo, salvo que la inexistencia de culpa exclusiva se haga coincidir con el nivel óptimo de cuidado, lo cual no parece ser la actitud de los Tribunales españoles (en realidad, si fuera así, no sería más que una formulación «a la española» de la «contributory negligence» anglosajona).

Si entendemos, pues que «culpa exclusiva de la víctima» es este supuesto en el límite que acabamos de describir, dotamos a esa noción de un sentido en términos de eficiencia. Obviamente, aunque hayamos realizado esta caracterización en el ámbito de la responsabilidad objetiva, es válida «mutatis mutandis» para el ámbito de la estricta compensación de culpas de causante y víctima.

Así pues, la valoración de la diligencia de la víctima como correctora de la responsabilidad objetiva del causante, induce a ambos a la adopción de las medidas de prevención socialmente óptimas.

Y esta regla corregida —con el nombre de compensación de culpas, pero su sentido es el ahora explicado—, está reconocida en materia de accidentes nucleares (artículo 45 de la Ley sobre energía nuclear), accidentes de automóvil el artículo 1.º.2 Real Decreto Legislativo 1301/1986 sólo prevé la exoneración por culpa exclusiva de la víctima, pero el Tribunal Supremo aplica reiteradamente la compensación: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 17 de diciembre de 1986, 18 de noviembre y 7 de diciembre de 1987), y accidentes de ferrocarril (Sentencia de 3 de diciembre de 1983 y 15 de diciembre de 1985).

Este correctivo introducido, no obstante, comporta una contrapartida; y es la pérdida de la simplicidad y automaticidad que la responsabilidad objetiva posee como ventaja frente a la culpa. En otros términos, que la valoración de la culpa de la víctima hace aumentar los costes de administrar y aplicar la regla de responsabilidad objetiva.

VII.4. Otro elemento de la regla de responsabilidad objetiva digno de ser resaltado, es su componente compensatoria o de seguro.

En realidad, todas las reglas de responsabilidad —salvo, evidentemente la de no responsabilidad— tienen cierta dosis de seguro. En efecto, la responsabilidad por culpa proporciona cobertura a las potenciales víctimas, en el sentido de que si el evento dañoso acaece, verán compensados todos los daños, aunque con una importante restricción: sólo en el ámbito de los accidentes evitables empleando la diligencia exigible.

La responsabilidad objetiva va más allá: proporciona cobertura frente a todo riesgo, incluso frente a los accidentes que son inevitables aun usando las precauciones debidas. Confiere pues, en cierto modo, «seguro a todo riesgo», desde el punto de vista teórico; por supuesto, el funcionamiento de la regla a través de su aplicación real por los tribunales ya es otro cantar.

Este carácter permite ofrecer una explicación del por qué en la realidad los sistemas jurídicos —español incluido—, las reglas de responsabi-

lidad objetiva han aparecido, de ordinario, asociadas a la imposición a los potenciales causantes de la obligación de contratar un seguro para cubrir su responsabilidad (por ejemplo, artículo 2 Real Decreto legislativo 1301/86, artículo VII, párrafos 10 y 11, Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación de hidrocarburos, artículo 128 ley de navegación aérea, artículo 30, ley de consumidores).

Efectivamente, si el sistema jurídico pretende que las víctimas potenciales estén aseguradas, y si éstas no pueden acudir (o parece previsible que, aún pudiendo, no lo harán), a los mercados de seguro en condiciones razonables, una opción interesante es la adopción de una regla de responsabilidad objetiva, porque con ello se convierte prácticamente al causante en «asegurador» de la víctima.

Pero puede muy bien ocurrir que los potenciales causantes no sean ellos mismos un óptimo asegurador (el ejemplo palmario es el de los conductores de automóvil; en el caso de empresas, en menor medida, por su capacidad, mayor o menor, de autoasegurarse), cobrando entonces sentido que se imponga el acudir a un asegurador profesional o a otro sistema organizado de seguro (depósitos o fianzas ante entidades pública, mutuas de seguros, etc.).

De todo lo ya indicado sobre la responsabilidad objetiva, parecen poder derivarse dos factores económicos fundamentales en la vigencia de esta forma de responsabilidad: el control del nivel de actividad de los potenciales causantes, y el seguro de las potenciales víctimas.

VIII. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE CONTROLAR EL RIESGO

Además del seguro, que, como dijimos, es un mecanismo fundamental en nuestros días para protegerse frente al riesgo, existe un haz bastante amplio de medios teóricos y prácticos alternativos de control de riesgo. En este apartado intentaremos caracterizarlos, mostrar la bondad social de cada uno y, de esta manera, proporcionar una perspectiva más amplia sobre el papel del sistema de responsabilidad civil. Pues bien, ¿cuáles son los sistemas alternativos?:

A₀ El sistema de responsabilidad civil, visto en este trabajo;

A₁ La regulación pública sobre seguridad, materia que tiene como ejemplos, la legislación sobre envasado, procesado e información sobre productos de consumo; sobre proceso de producción en centrales nucleares; sobre condiciones generales de seguridad, por ejemplo salidas de incendio en locales públicos, uso de cinturón en automóviles, etc.

A₂ La acción inhibitoria; por ejemplo, la que se otorga a los vecinos que habitan cerca de una presa en situación de relativa fragilidad a impedir su funcionamiento hasta que se subsanen esas deficiencias.

A₃ Los impuestos o los subsidios correctores; medio muy frecuen-

te cuyo ejemplo paradigmático quizá sea el del impuesto sobre una empresa que emite contaminación por el valor de los daños esperados que ocasiona.

A_4 Multas por daños efectivamente causados (97); por ejemplo, la que se impone al propietario de unos animales que han causado daño a un vecino (98).

A_5 Sanciones penales, cuyo ejemplo característico está constituido por aquellas que implican privación de libertad.

Las acciones o medidas anteriores pueden diferenciarse en función del momento de actuación de cada una de ellas respecto a la producción del accidente de la forma que esquemáticamente enunciamos:

ACCION	MOMENTO DE ACTUACION	
	Ex ante	Post
Privada	A_2	A_0
Pública (de oficio)	A_1, A_3	A_4

La acción penal, A_5 , no figura en el cuadro anterior porque puede ser una acción ex ante o ex post, y puede ser promovida privada o públicamente. Una suposición frecuente sobre ella es que es socialmente más costosa que las demás por los costes que comporta su aplicación (99).

Además de diferencias las distintas medidas, es importante poder disponer de criterios evaluadores en las mismas, conocer las *ventajas e inconvenientes de cada una*. Como se indicó más arriba, el *criterio de optimalidad social* que tomamos de referencia es el de la maximización del valor de la actividad en cuestión para las partes, menos costes esperados de la precaución, daños esperados, costes administrativos, coste de soportar el riesgo por quienes tienen aversión a él y coste de imposición de sanciones penales, cuando procedan (100). De acuerdo con ello, podemos enunciar de forma resumida los siguientes criterios:

(97) Establecidas con arreglo al criterio objetivo o al de la culpa, como en el caso de la responsabilidad civil.

(98) Adviértase que son distintas de las multas que se imponen por la infracción de regulación. Compárese la multa que se impone a una persona que dejó que su ganado comiera pastos de un vecino con la correspondiente a una infracción sobre regulación de seguridad al no tener extintores en un local de uso público o por conducción a velocidad superior a la máxima autorizada. La primera se produce cuando los daños han tenido lugar y frecuentemente viene acompañada del posible ejercicio de la acción de resarcimiento por daños. La segunda actúa aún si existir daños, sino mera situación de riesgo, y no suele venir acompañada de la acción por daños.

(99) Por ejemplo, frente a las multas pecuniarias (no penales), la acción penal que termina con ingresos en prisión requiere el empleo de cuantiosos recursos para construcción y gestión de las prisiones y supone la pérdida de cuantiosos ingresos dejados de percibir durante el procedimiento o el internamiento en prisión. Ello no obstante, existen casos que reflejan la pervivencia de este tipo de acciones frente a la creación de situaciones de riesgo (p. ej., la reciente sentencia sobre daños causados por FECSA).

(100) La asignación de riesgo no es un coste relevante ahora, pues suponemos que la adquisición de seguro puede resolverlo adecuadamente.

Preferencia de los instrumentos de actuación «ex ante» frente a instrumentos «ex post».

La incapacidad de los causantes para indemnizar por el daño causado, así como la facilidad para que escapen a la imposición de responsabilidad (101) hacen preferibles socialmente los criterios ex ante. La consideración adicional sobre quién posea mejor información sobre el riesgo y esté en la mejor posición para reducirlo, así como la ulterior sobre la importancia de los costes administrativos que comportan (102), aconsejan con frecuencia la variación del criterio anterior y sus sustitución por el empleo de procedimiento ex post (103).

Preferencia de la acción privada frente a la pública (Estado).

La dispersión del daño entre las víctimas tiende a hacer superior la acción pública. Pero, de nuevo dependiendo de si quien está en mejor posición sobre la información relevante (104) es el Estado o son los particulares, será preferible la acción pública o la privada, respectivamente.

Preferencia de la acción penal.

La insuficiencia económica de quien causa daño puede ser una objeción no fácilmente salvable por las restantes medidas (no penales). La probabilidad de que el causante del daño eluda la acción administrativa de detección obligaría a aumentar consecuentemente las sanciones monetarias; y si la posibilidad de elusión de la detección fuese muy grande, podría ser necesario incrementar cualitativamente la sanción, pasando de lo monetario a la privación de libertad.

Por otra parte, el hecho de que el acto ocasionador del riesgo produzca al causante beneficios que la sociedad considere ilícitos (105) hace que el tamaño de la responsabilidad civil óptima deba ser superior (106), y si éste fuese muy elevado aconsejar en ocasiones el empleo de medios penales de privación de libertad.

En términos generales, cuando mayor sea la probabilidad y magnitud del daño, mayor es el perjuicio social derivado de no controlar adecuadamente las actividades lesivas, lo que sucedería, por ejemplo, si las sanciones monetarias no funcionaran bien; y de ahí la posible conveniencia del empleo de vías penales.

La responsabilidad civil en ese contexto

La responsabilidad civil es un procedimiento ex post, de acción privada y monetaria (no penal). Con carácter general, sería preferible, co-

(101) Por ejemplo, por la dificultad en determinar la relación causal; algo muy frecuente en los daños ambientales y daños a la salud.

(102) Que sólo se arrostran ex. post. respecto a la situación de riesgo, siquiera potencial.

(102) Aunque no siempre.

(103) Sobre el riesgo o sobre el acaecimiento de los daños.

(105) Por ejemplo, conducir en dirección prohibida en autopistas.

(106) Daño más beneficio ilícito.

mo instrumento frente a los demás, cuando los activos del causante no fueran bajos en relación al daño causado; cuando el conocimiento del causante sobre el riesgo fuese superior al de la autoridad pública, y cuando las víctimas hubieran de ser motivadas para suministrar información al Estado porque la que éste posee fuera escasa.

Finalmente un par de observaciones. De una parte, sobre el empleo de los referidos mecanismo alternativos de controlar el riesgo, no hace falta advertir que muy frecuentemente el sistema social óptimo de protección de la seguridad requiere el uso combinado de varios de los instrumentos y procedimientos antes citados.

Por otra parte, sobre el *papel actual y futuro del sistema de responsabilidad civil y del derecho de accidentes* (107), los estudios sobre el impacto disuasorio que, sobre las actividades creadoras de riesgo pueda tener amenaza de la responsabilidad civil y del derecho de accidentes parecen ser positivos (108) pero, a decir verdad, todavía escasos para poder decir algo concluyente sobre ello (109).

El sistema de responsabilidad civil ha experimentado cambios extraordinarios en los últimos cuarenta años. Si su función histórica consistió fundamentalmente en proporcionar un mecanismo compensatorio a favor de las víctimas y en disuadir actividades dañosas, la primera función (compensatoria) no parecer ser hoy tan importante desde que se desarrollaron los mercados de seguros tanto privados como sociales que proporcionan (o pueden proporcionar) un mecanismo compensatorio mejor que el de la responsabilidad civil. Hoy su función fundamental parece consistir, más bien, en la creación de incentivos para la mejora de la seguridad y para la eliminación de los riesgos.

Por ello, su papel futuro será probablemente menos importante en muchas áreas en que quizá se vea desplazado por el seguro, en especial unido a la regulación sobre seguridad. Pero a pesar de dichos cambios y de las duras críticas que sufre —centradas sobre todo en lo costoso del sistema—, la inmensa mayoría de los estudiosos consideran improbable que el sistema de responsabilidad civil desaparezca, un criterio que compartimos.

(107) Véase SHAVELL *Economic Analysis...*, 1987, capítulo final.

(108) Esto es, parece mostrar que efectivamente disuade.

(109) Así como la provisión de un foro donde las víctimas y la sociedad expresen su desaprobación de ciertos actos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AKERLOF, A.: «The Market for Lemon. Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism», 84 *Quarterly Journal of Economics*, 488-500.
- ALPA Y BESSONE: *Atipicità dell'illecito I: i profili dottrinali*, 2.ª ed., Milano 1981.
- ALPA Y BESSONE: *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985.
- ATIYAH: «Negligence and Economic Loss» 83 *L.Q.R.*, 1967.
- ATIYAH: *Accidents, Compensation and the Law*, 2.ª ed., London, 1978.
- BERCOVITZ (Rodrigo): «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs), Madrid, 1987.
- BESSONE: «Responsabilità per «negligence» e teoria dell'illecito (Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1974.
- BISHOP: «Economic Loss: A reply to Professor Rizzo». 1 *Ox J. Legal Stud.*, 1982.
- BISHOP Y SUTTON «Efficiency and Justice in Tort Damages: the Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.*, 1986.
- BONILINI: «Il danno non patrimoniale», en *N.G.C.C.*, 1985, II.
- BORGO: «Causal Paradigms in Tort Law» en 8 *J. Legal Stud.*, 1979.
- BROWN: «Toward an Economic Theory of Liability», en 2 *J. Legal Stud.* 1973.
- CAFERRA: «I limiti del danno risarcibile nella tutela aquiliana del crédito» en *Foro it.*, 1973, I.
- CALABRESI: «Optimal Deterrence and Accidents» en 84 *Yale Law Journal*, 1975.
- CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985.
- CALABRESI: *El coste de los accidentes*, Trad. española, Barcelona, 1984.
- CALABRESI: «Concerning Cause and the Law of Torts, An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U. Chi. L. Rev.* 1975.
- CALABRESI: «La responsabilidad civil come diritto della società mista», en *Pol. Dir.*, 1983.
- CALABRESI: «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?» en 69 *Iowa L. Rev.*, 1984.
- CANE: «Justice and Justifications for Tort Liability» en 2 *Ox. J. Legal Stud.*, 1982.
- CARBONE: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.
- CAVANILLAS MUGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987.
- CAVANILLAS: *Responsabilidad civil y tutela del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985.
- CASTRONOVO: «Inattuazione della prestazione de lavoro e responsabilità del terzo danneggiante», en *Mass. Gir. Lav.*, 1981.
- COASE: «The Problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.*, 1960.
- DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988.
- DIAZ ALABART: «Comentario a la S.T.C. de 2 de marzo de 1988», en 12 *Poder Judicial*. 1988.

- DONALDSON: «Zum Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes, *AcP*, 1966.
- DWORKIN: *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en *9 J. Legal Stud.*, 1980 p. 191 con el título «Is Wealth a Value?»).
- EPSTEIN: «Intentional Harms» en *4 J. Legal Stud.*, 1975.
- FABRICIUS: «Zum Dogmatik des» «Sontigen Rechts» gemäss par. 823. I BGB en *AcP*, 1961.
- FELDTHUSEN: *Economic Negligence*, Toronto, 1984.
- FERNANDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987.
- FERRANDO: «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II.
- FLEMING: *The Law of Torts*, 6.ª ed., Sydney, 1983.
- FLEMING: «C'è un future per i torts?», en *Riv Crit. Dir. priv.*, 1984.
- GALGANO: *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en *1 Contratto e impresa*, 1985.
- GOETZ: *Cases and Materials on Law and Economics*, St. Paul, 1984.
- GRADY: «A New Positive Economic Theory of Liability», en *92 Yale Law Journal*, 1983.
- HADDOCK y CURRAN: «An Economic Theory of Comparative Negligence», en *14 J. Legal Stud.*, 1985.
- HAGEN: «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en *J.Z.*, 1979.
- HART y NELL: *Rational Economic Man: A Philosophical Critic of Neoclassical Economics*, 1975.
- HUBER: «Normzwecktheorie und Adäquanztheorie», en *J.Z.*, 1969.
- JACKSON y POWELL: *Professional Negligence*, 2.ª ed, London, 1987.
- KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. esp. 8.ª ed., Madrid, 1983.
- LANDES y POSNER: «An Economic Theory of Intentional Torts», en *1 Intl. Rev. Law & Econ.*, 1981.
- LANDES y POSNER: «Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis», en *9 J. Legal Stud.*, 1980.
- LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en *12 J. Legal Stud.*, 1983.
- LANGE: *Schadensersatz*, Tübingen, 1979.
- LEFF: «Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975.
- LINDEN: *Canadian Tort Law*, Toronto, 2.ª ed., 1983.
- MARKESINIS: *The German Law of Torts*, Oxford, 1986.
- MEDICUS: *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., München, 1986.
- MEDICUS: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987.
- O'CALLAGHAN: «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual, en *A.C.*, 1986.
- POSNER: *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed. Boston, 1986.
- PROSSER y KEETON: *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984.
- REA «The Economic of Comparative Negligence» en *17 Intl. Rev. L. & Econ.*, 1987.

- RIZZO: «The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop» en 1 *Ox. J. Leg. Stud.*, 1982.
- RIZZO: «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982.
- RODOTA: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.
- RUBIENFELD: «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud.*, 1987.
- SALMOND y HEUSTON: *On the Law of Torts*, 18.^a ed., London, 1981.
- SALVADOR CODERCH: *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987.
- SALVADOR CODERCH: «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en 9 *C.C.J.C.*, 1985.
- SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español*, en *R.D.P.*, 1984.
- SCHWARTZ: «Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978.
- SHAVELL: «Strict Liability versus Negligence», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980.
- SHAVELL: *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), 1987.
- STOLJAR: «Accidents, costs and Legal Responsibility», en 36 *The Modern Law Review*, 1973.
- TOURNEAU: *La responsabilité civile*, 3.^a ed., 1982.
- TUCCI: *Responsabilidad civil y daños injustos*, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. trad. esp. Bolonia, 1980.
- TUNC: *La responsabilité civile*, París, 1981.
- VALJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», *Current Legal Problems*, 1985.
- VINEY y MARKESINIS: *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, París, 1985.
- VISINTINI: «Ancora sulla lesione del credito ad opera di terzi» en *Giur. it.*, 1973, IC.
- VISINTINI: *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987.
- VON CAEMERER: «Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I*.
- VON CAMERER: «Wandlungen des deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968.
- WILLIAMS: «The Foundation of Tortious Liability», en 7 *Camb. L. J.*, 1938.
- WILLIAMS: *Joint torts and contributory Negligence*, London, 1951.
- WILLIAMS: «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951.
- WINDSCHEID: *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino, 1904.
- ZEUNER: «Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens in Zivilrecht» en *J.Z.*, 1966.

Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio

Por JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Alcalá

SUMARIO: A) Significado de los Derechos reales de garantía: Responsabilidad y garantía. Garantía real. Contenido del poder atribuido por el derecho real de garantía.—B) Reseña histórica. Derecho Romano. Derecho Germánico. Conclusión.—C) Evolución de las garantías reales en derecho español.—D) Naturaleza jurídica de las garantías reales. a) Sobre su carácter de derecho real. b) La doble función de las garantías reales. c) Otras notas características. Accesoriedad. Indivisibilidad. Esencialidad del procedimiento legal de ejecución.—E) Constitución de las garantías reales. a) Fuentes. Breve referencia a la cuestión de los privilegios. b) Requisitos de constitución y obligaciones garantizables. c) Promesa de constitución de prenda a hipoteca. d) Extinción.—F) En especial, el pacto comisorio. a) Delimitaciones previas y concepto. b) Referencia histórica en Derecho Español. c) Fundamento de la prohibición. d) Extensión de la prohibición. 1. Supuestos de pacto comisorio en sentido propio. 2. Supuestos de pacto comisorio en sentido impropio. 3. Supuestos de pacto comisorio oculto. Conclusión. e) Efectos.

A) SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

Como es sabido, el artículo 1.911 del Código Civil establece la responsabilidad genérica y universal del deudor frente a sus acreedores, al ordenar que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Por tanto, esta es la primera garantía con la que cuentan los acreedores. Sin embargo, semejante garantía —utilizando la palabra garantía en sentido amplio— no puede satisfacer completamente a los acreedores. En efecto, y como dice Planiol: «Todo lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía del acreedor» (1). Quiere ello significar que esa responsabilidad universal y gené-

(1) Citado por José Ferrandis Vilella. *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*. ADC, 1960. p. 28.

rica se limita a los bienes que existan realmente en el patrimonio del deudor al tiempo de la ejecución forzosa de la obligación. Es cierto que en caso de una salida de bienes ilícita, cabe la posibilidad de reconstruir el patrimonio del deudor mediante las acciones revocatoria o pauliana y subrogatoria, pero aun así, por un lado, la carga procesal que el ejercicio de estas acciones implica para el acreedor y por otro, la misma dificultad de su éxito hace que, ni siquiera por estos medios, la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil se estime suficiente por el acreedor.

Por las razones antedichas, en las que no me extiendo por su evidencia, surge el deseo de reforzar el crédito del acreedor mediante las garantías, entendidas en sentido estricto. No entramos en este momento en la distinción responsabilidad-garantía que tradicionalmente se ha montado sobre la distinción que supone afectar al cumplimiento de la obligación un patrimonio en general o una cosa en particular. Seguramente tiene razón Manuel Amorós cuando cuestiona este criterio de distinción y piensa que hay que fijarse más bien en la distinta eficacia de una u otra, es decir, no tanto en el cuánto afectado sino en el cómo está afectado (2). Sea como fuere, a los efectos que ahora nos interesa, podemos aceptar el cuadro de garantías del crédito siguiente:

- Garantías personales, la más típica, la fianza.
- Garantías reales, los derechos reales de garantía.
- Garantías formales, conectadas al juego del Registro de la Propiedad.
- Privilegios, en tanto que preferencia de cobro.

Yo me voy a limitar solamente al estudio de las garantías reales de conformidad con el título de este trabajo.

Centrado así el objeto del estudio, podemos definir la garantía real como la sujeción o afección de determinados bienes del patrimonio del deudor —o de terceras personas en su caso— al buen fin de una obligación, de suerte que tales bienes, con independencia de quien sea su titular actual, responden del cumplimiento de aquélla, de modo que, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá agredir esos bienes concretos para aplicar su valor de realización a la satisfacción de su crédito.

Como se desprende de esta definición, la seguridad del acreedor se obtiene mediante la técnica del derecho real, lo que significa que se dota esa garantía de las dos notas características de aquél: poder directo sobre la cosa y eficacia *erga omnes*. Surgen así, los derechos reales de garantía, como una categoría independiente dentro de los derechos reales limitados o sobre cosa ajena. Es de advertir además, que la articulación de esas garantías suplementarias o específicas no extingue la responsabilidad genérica y universal del artículo 1.911 del Código Civil. Significa ello que el acreedor no sólo cuenta con el patrimonio restante del deu-

(2) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: *La garantía patrimonial y sus formas*. RGLJ. Mayo, 1972. pag. 10.

dor, para el caso de que la realización de los bienes especialmente afectados no hubiere resultado suficiente para cobrar el importe de su crédito, sino que, desde el principio, puede optar, si así le conviniera, por actuar genéricamente contra el patrimonio, no obstante la constitución de los derechos reales.

Conceptuada ya la garantía real, importa ahora introducirnos en el contenido del poder que se atribuye al acreedor por mor de su constitución. En efecto, hemos indicado que la garantía se constituye mediante la técnica de un derecho real: el deudor, en virtud de un determinado negocio jurídico, atribuye a su acreedor un derecho real sobre determinados bienes de su patrimonio, de suerte que el acreedor se convierte así en titular de ese derecho real sobre cosa ajena. Ahora bien, todo derecho subjetivo —y el derecho real lo es— es, ante todo y sobre todo, un poder conferido a su titular y jurídicamente tutelado. ¿Cuál es el poder que atribuye el derecho real de garantía? El contenido de este poder se manifiesta en las siguientes facultades y situaciones:

1.º Especial sujeción de la cosa dada en garantía por el deudor, o por terceras personas en su caso. Como decíamos al principio, la cosa queda afectada a la seguridad del crédito y esa afectación significa:

a) Poder de agresión sobre la cosa que no es sino la manifestación de una de las notas características de todo derecho real, es decir, el poder directo e inmediato sobre su objeto.

Lo cierto es, y sobre ello hemos de volver al estudiar la naturaleza jurídica de la garantía real, que ese poder sobre la cosa o poder de agresión, no es tan directo e inmediato como para no exigir la intermediación bien del deudor, bien de la autoridad judicial u otro funcionario. Sin embargo, no parece que esta circunstancia baste para dejar de predicar esta nota característica del derecho real de garantía.

b) Oponibilidad frente a terceros, que es la manifestación de la otra nota característica del derecho real, es decir, su eficacia *erga omnes*.

El acreedor no sólo podrá actuar sobre la cosa mientras se halle en poder del deudor, o del garante, sino también, en el caso de que hubiere salido de su patrimonio y se hallare en el de otra persona perfectamente ajena a la constitución de la garantía real.

2.º Facultad de realización del valor de la cosa. Si el deudor no cumpliera con su obligación al vencimiento de la misma, el acreedor podrá instar la realización de la cosa, lo que significa, en última instancia, su venta en pública subasta para aplicar el precio que se obtuviera a la satisfacción del crédito del acreedor, sin perjuicio de que si el precio obtenido no bastara para cubrir ese crédito, todavía el acreedor podría actuar en su favor la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil. Pero importa significar que esta facultad integrada en el derecho real de garantía no pertenece, sin embargo, a la esencia del mismo. En efecto, aunque sea anticipar conceptos sobre los que hemos de volver, es obvio que la facultad alude a la función satisfactoria de la garantía real pero no a su función fundamental que es la de aseguramiento. Su-

pone que se ha incumplido la obligación garantizada, lo cual es de suyo algo anormal o patológico porque, en principio, las obligaciones se cumplen voluntariamente por el deudor. La función satisfactoria entra en juego sólo en el supuesto de incumplimiento. En el caso ordinario o general de que el deudor cumpla nunca llegará a entraren juego esta función, no habrá realización de la cosa dada en garantía, y sin embargo, el acreedor sí ha estado garantizado o asegurado durante todo el tiempo transcurrido desde la constitución de la obligación principal hasta su vencimiento.

3.º La doctrina suele también incluir, dentro del contenido del poder atribuido al titular de la garantía real, el llamado derecho de preferencia, es decir, el derecho a cobrar el importe de la venta de la cosa antes que otros acreedores del mismo deudor. Así se establece en los artículos 1922, 2.º; 1926, 1.º; 1.923, 3.º y 1.927, 2.º del Código Civil.

Sin embargo, a mi juicio, hay que matizar algo en relación con este pretendido contenido del derecho real y ello nos obliga a concretar qué se entiende por preferencia. En general, al hablar de los derechos reales limitados, se entiende por preferencia el criterio de solución legalmente establecido para resolver el concurso o la colisión de varios derechos reales. Por ejemplo, varios usufructos, o también derechos reales de garantía, por ejemplo, varias hipotecas sobre el mismo bien, se ordenan jerárquicamente según la antigüedad de su constitución. Será preferente el derecho más antiguo. Pero este sentido de preferencia no es el que normalmente se maneja al referirse al contenido de la garantía real porque, como acabamos de decir, abarca no sólo a los derechos reales de garantía, sino a todos los derechos reales limitados.

Al tratar específicamente las garantías reales, se utiliza la preferencia en el sentido de que el crédito garantizado excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en garantía, es decir, se está utilizando el concepto preferencia como privilegio del crédito garantizado en virtud del cual ha de ser satisfecho antes que otro crédito a que se hubiera podido obligar el deudor.

Aunque hemos de volver sobre este tema de los privilegios, parece claro que este derecho de cobro preferente no alude a la garantía real sino al mismo crédito garantizado, el cual, por haber sido garantizado mediante la constitución de un derecho real de garantía, adquiere una cualidad especial: la de ser crédito privilegiado, esto es, que en concurso con otros créditos, sea satisfecho prioritariamente. Sabido es que el derecho real de garantía determina una situación jurídica compleja por la especial conexión y coexistencia entre el derecho de crédito que se garantiza y el derecho real que lo asegura. Realidad compleja sobre la que la doctrina ha llamado la atención constantemente.

Ello significa que pueden distinguirse en esta relación jurídica compleja aspectos jurídico-reales y jurídicos-obligacionales. Las dos facultades que hemos enumerado y descrito sumariamente con anterioridad se integran en el contenido jurídico-real de la relación, pero el derecho

de cobro preferente, en tanto que cualidad del crédito, se integra más bien en el contenido jurídico-obligacional.

Un ejemplo puede aclarar lo que estoy tratando de explicar: pensemos en una hipoteca o en una prenda en fase de ejecución por incumplimiento de la obligación asegurada, y pensemos también que el deudor de nuestro ejemplo no tiene más acreedores que el ejecutante de la hipoteca o de la prenda. A través del procedimiento establecido se llegará a la subasta de la cosa y, en definitiva, a la puesta a disposición del acreedor del precio obtenido. No habiendo más acreedores ¿entrará en juego el derecho de preferencia? ¿Necesitará el acreedor hacer uso de la facultad de excluir a otros acreedores de ese precio? Evidentemente no. El acreedor ejecutante aplicará el valor de la cosa a la satisfacción de su crédito, sin plantear siquiera la cuestión de la preferencia porque al no concurrir otros acreedores, por definición, carece de sentido hablar de preferencia y, sin embargo, se ha realizado todo el contenido del poder que la garantía real supone: el acreedor agredió la cosa, realizó su valor, y lo aplicó al pago de su crédito.

De lo expuesto se infiere que ese derecho de preferencia no forma parte del poder que atribuye el derecho real de garantía.

Tampoco ese poder, sin preferencia, ayudaría al acreedor en caso de concurrir con otros acreedores. Lo que sucede es que en este supuesto de concurso, entraría en juego la cualidad de que está adornado el crédito hipotecario o pignoraticio, estableciéndose su preferencia de cobro, pero esa cualidad es del crédito y no del derecho real. Es consecuencia de la constitución del derecho real pero no forma parte de su contenido. El propio Código Civil, por el lugar sistemático en que regula los privilegios, que no es precisamente al tratar de las garantías reales, está poniendo de manifiesto esta realidad. Me parece que por la razón indicada se justifica el llamado negocio de posposición. En virtud de ese negocio se admite la alteración del rango o preferencia de las hipotecas, de suerte que, en términos generales, la que fue constituida con posterioridad se antepone a la que se constituyó anteriormente. No creo que pudiera aceptarse la validez de este negocio jurídico si el objeto del mismo recayera sobre la esencia de los derechos reales, porque las garantías reales permiten muy escasamente el juego de la autonomía privada, por afectar su regulación a terceros y a intereses generales como la seguridad del tráfico inmobiliario. No hay, sin embargo, ningún inconveniente para admitir su validez si se piensa que el objeto de ese negocio afecta al contenido jurídico-obligacional de la relación jurídica compleja, porque esa es materia entregada a la libre disposición de las partes.

En conclusión, debemos entender que el derecho de preferencia no forma parte del poder que atribuye a su titular el derecho real de garantía.

B) RESEÑA HISTORICA (3)

Si la garantía real supone afectar determinada cosa a la seguridad de un crédito, caben idealmente las siguientes modalidades de afectación:

- Transmisión de la propiedad de la cosa con fines de garantía.
- Transmisión de la posesión de la cosa con fines de garantía.
- Afección de la cosa sin traspaso posesorio.

En efecto, estas tres hipótesis ideales han cuajado históricamente en distintas formas de garantía que han ido apareciendo en las sucesivas fases de su evolución en el Derecho Romano. Como veremos, cada fase, y por ende cada modalidad, implica un avance en el refinamiento de la técnica jurídica.

Veamos brevemente esta evolución en el Derecho Romano.

a) *Fiducia cum creditore*

Esta es la primera manifestación de la garantía real. Como explica la doctrina, la figura se compone de dos elementos: la transmisión de la propiedad y el convenio de fidelidad.

El deudor transmite a su acreedor la propiedad de la cosa pero con obligación de comportarse respecto de ella de tal modo que no se impida su recuperación cuando el deudor satisfaga el crédito para cuya seguridad se transmitió la propiedad. Son obvios los inconvenientes que la figura presenta para el deudor: éste pierde la cosa y, además, sólo dispone de una acción personal, basada en ese convenio de fidelidad, para su restitución, en el caso de que voluntariamente el acreedor no se la restituyera. Por otro lado, esa acción no resultaría eficaz si la cosa pasó a terceros. En esta fase o en esta modalidad de garantía no cabe hablar todavía de *ius in re aliena*.

b) *Pignus*

En esta figura el deudor no transmite ya la propiedad de la cosa, sino solamente su posesión (*datio pignoris*). Los inconvenientes antes apuntados desaparecen porque el deudor continúa siendo propietario de la cosa que ofreció en garantía a su acreedor.

c) *Pignus conventus*

Ahora la garantía no se constituye mediante la técnica del contrato real, sino mediante un contrato consensual. El deudor retiene tanto la propiedad como la posesión de la cosa, si bien ésta queda afectada a la seguridad del crédito.

En rigor, como explica Arias Ramos, se trataba de la misma institución del *pignus*, si bien variaba su forma de constitución. Daría lugar

(3) Resumo la exposición de Ferrandis, *op. cit.*

posteriormente a la hipoteca, pero esta expresión no aparecerá hasta el *Derecho Justiniano*.

Incumplida la obligación, el acreedor mediante el ejercicio del *actio Serviana* obtenía la posesión de la cosa y a partir de ese momento todo se desarrolla al igual que en la prenda posesoria o *pignus*.

Para completar ese brevísimo recorrido histórico, hemos de referirnos al *Derecho Germánico*, el cual hacia el siglo XIII realiza una aportación fundamental para la conceptualización de la hipoteca. En efecto, se introducen solemnidades especiales de constitución, con inscripción en el Registro de la ciudad (principio de publicidad) y no cabe constituirla sobre todo el patrimonio del deudor (principio de especialidad). Así queda expedito el camino para la configuración moderna del derecho de hipoteca.

En resumen, como afirma Ferrandis Vilella (4), la evolución histórica de las garantías reales manifiesta dos cosas:

— El esfuerzo por atribuir eficacia absoluta a la garantía, para hacer posible su realización con independencia del titular actual de la cosa, y...

— La economía de medios jurídicos o ley del mínimo esfuerzo, de suerte que se facilitará la constitución de la garantía del modo jurídicamente más simple y menos gravoso para el deudor.

C) EVOLUCION DE LAS GARANTIAS REALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Al codificarse el Código Civil español, se sigue el criterio general de la época y se configuran las dos garantías reales fundamentales, prenda e hipoteca, sobre la base de dos notas diferenciadoras: la naturaleza de la cosa y el desplazamiento de la posesión.

Serían objeto de prenda las cosas muebles y se exigiría el desplazamiento de su posesión. En cambio, la hipoteca recaería sobre cosas inmuebles sin necesidad de desplazamiento de su posesión.

A la postre, como dice Espín Cánovas (5), el criterio diferenciador descansaba en el principio de publicidad, que se consideraba esencial en la constitución de las garantías reales.

Así es, en efecto. Lo realmente importante en las garantías reales es facilitar al acreedor su facultad de agresión, y la eficacia de esta facultad exige la publicidad de aquéllas, conseguida, respecto de la prenda, mediante su desplazamiento, y respecto de la hipoteca, mediante su inscripción registral.

(4) *Op. cit.*, pp. 44-45.

(5) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen II, Tomo I, Derechos Reales, Madrid, 1951, p. 231.

Pero con el tiempo, se advierten dos circunstancias (6):

— Por un lado el inconveniente económico que puede suponer el traspaso posesorio, precisamente en contra de los intereses del acreedor. La privación de la cosa, especialmente si ésta es un medio de producción o instrumento de trabajo, impide al deudor obtener el dinero que con su utilización podrá generar, con lo que se hace más difícil la posibilidad de que el acreedor satisfaga su crédito, cosa que le interesa más que la realización de la prenda.

— Por otro lado las mayores facilidades para identificar las cosas. Esta identificación era sencilla en los bienes inmuebles, pero dificultosa en los bienes muebles. Sin embargo, la aparición de determinados bienes muebles de alta tecnología y compleja producción permitía también que éstos fueran identificados, mediante descripción o referencia técnica que, en definitiva, facilitaba también su publicidad mediante la inscripción registral y sin necesidad de traspaso posesorio.

La advertencia de las indicadas circunstancias origina en nuestro Derecho la aparición de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento, olvidando así las notas características que, en el comienzo, habían tenido.

La hipoteca mobiliaria se justifica por la perfecta identificación que pueda hacerse de las cosas que legalmente se enumeran como susceptibles de ella, lo que por otro lado permite su inscripción en el Registro en perfecto paralelismo con lo que acontece respecto de las fincas.

La prenda sin desplazamiento se piensa para cosas en que la identificación es menos exacta, pero cuya deficiencia se suple mediante la publicidad registral del lugar en que se encuentran los bienes (*status loci*) sin necesidad de desplazamiento posesorio.

Hoy, después de la derogación de la Ley de 5 de diciembre de 1941 que insertó en el Código Civil la regulación de la prenda sin desplazamiento, ambas figuras se regulan en Ley especial de 16 de diciembre de 1954 sobre hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento.

Aunque no exento de justificación, el sistema vigente quizá resulte algo complejo sin que se acierte a comprender bien la necesidad de introducir la llamada hipoteca mobiliaria porque seguramente bajo la prenda sin desplazamiento podrían cobijarse los supuestos de una y otra.

D) NATURALEZA JURIDICA DE LAS GARANTIAS REALES

a) *Sobre su carácter de derecho real*

Aunque es tradicional la clasificación de los derechos reales limitados en dos grandes grupos, derechos de goce y derechos reales de

(6) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, Madrid, 1985, p. 480.

garantía —incluso aún se prevé un tercer grupo, los derechos de adquisición preferente— es verdad que ciertos sectores doctrinales han discutido o han puesto en duda la naturaleza de derecho real de las garantías que nos están ocupando.

Por lo que hace a la primera nota característica del derecho real, el poder directo e inmediato sobre la cosa, se traduce en este grupo de derechos en esa especie de embargo preventivo, como gráficamente le llaman Díez-Picazo y Gullón (7). Tampoco puede negarse que esa inmediatividad se halla un tanto limitada porque el poder del acreedor sobre la cosa no puede actualizarse sin la colaboración del deudor o, en su defecto, del órgano judicial o funcionario competente. No parece, sin embargo, que esta matización perfectamente aceptada impida la concurrencia de esa primera nota característica de todo derecho real. Lo que sucede es que las notas típicas se dan en toda su pureza e intensidad solamente en el derecho de propiedad, por ser éste el derecho real paradigmático. En todos los demás, una u otra nota se difumina un tanto. En todo caso, y por lo que hace al derecho real de anticresis, el poder de su titular se realiza sin mediación alguna pues percibe los frutos del inmueble afectado directamente, de conformidad con el artículo 1.881 del Código Civil.

En relación con la segunda nota característica del derecho real, esto es, la eficacia frente a terceros, no puede negarse que se da con toda la intensidad y sin limitación alguna en las garantías reales, hasta el punto de que toda la evolución histórica de la misma, según dijimos, se encaminó a perfeccionar esta oponibilidad frente a terceros. Siendo indiscutible la presencia de tan enérgicos efectos frente a terceros, tienen mucha razón los autores antes citados cuando afirman que un exceso de pureza dogmática no debe empañar una situación jurídica como la que implica el derecho real de garantía.

En conclusión, con la doctrina dominante, aceptamos decididamente la naturaleza real de los derechos de garantía.

Frente a esta tesis, la opinión que ve en aquéllos un simple derecho de crédito, desconoce, como antes decíamos, el sentido de la evolución histórica de la institución y, manifiesta en el fondo, como señala Ferrandis, el prejuicio de que el goce es el único contenido verdadero de derecho real, y así se explica su resistencia a aceptar unos derechos cuyo contenido es, obviamente, de otra naturaleza (8).

Tampoco la tesis procesalista, popularizada por Carnelutti (9), parece aceptable, al menos como explicación total del fenómeno.

Para los partidarios de esta opinión, la garantía real no es en el fondo sino una forma concreta de ejecución forzosa, perfectamente

(7) *Op. cit.*, p. 482.

(8) *Op. cit.*, p. 54, a pie de página.

(9) FRANCESCO CARNELUTTI: *Natura giuridica dell'ipoteca*. «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1939, I, p. 3.

encajable en los procedimientos de esta índole previstos en Derecho Procesal. Olvida esta doctrina la primera de las funciones o fases que desempeñan las garantías reales, es decir, la fase de seguridad y se fija exclusivamente en la segunda función o fase, la satisfactoria que es cabalmente la anómala, la extraordinaria, porque lo normal es que el deudor cumpla su obligación. pero es que, además según pone de manifiesto Ferrandis (10), ¿en virtud de qué principio procesal puede dirigirse la ejecución contra bienes que no pertenecen al deudor? En efecto, desde el punto de vista procesal no se justificaría la agresión contra el bien ofrecido en garantía cuando éste ha pasado a manos de terceros, quien para nada intervino en la relación obligatoria principal. Sin embargo, este efecto, sustancial en la garantía real, es evidentemente un efecto de Derecho Sustantivo, es el efecto típico de la institución, pero nunca del proceso que ésta pueda originar.

b) *Doble función de la garantía real*

Aunque ya hemos anticipado este juego doble de toda garantía real, parece que por respeto sistemático debemos insistir ahora en este punto.

En efecto, el derecho real de garantía despliega un doble efecto o cumple una doble función. En primer lugar, y desde el momento en que se constituye la garantía real y hasta el vencimiento de la obligación garantizada, la garantía real «sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» según se explica sin ambages en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, con relación a la hipoteca. Esta es la llamada función o fase de seguridad de la garantía real, función principal y predominante porque, como dice el profesor Ferrandis (11) el derecho real de garantía se dirige a asegurar el cumplimiento de la obligación, antes que a remediar su incumplimiento.

Ahora bien, y aunque deba aceptarse su carácter secundario, no deja de ser de suma importancia la segunda fase o función de la garantía: la función satisfactoria. «El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito podrá proceder por ante notario a la enajenación de la prenda», establece el primer inciso del artículo 1.872 del Código Civil, en relación con la prenda. Vencida y no satisfecha la obligación garantizada, entra en funcionamiento la segunda fase de la garantía real y se pone en marcha el mecanismo encaminado a realizar el valor de la cosa ofrecida en garantía para aplicar su importe a la extinción parcial o total del crédito garantizado.

(10) *Op. cit.*, p. 55.

(11) *Op. cit.*, p. 49.

c) Otras notas características

Accesoriedad

Establece el artículo 1.857, 1.º, del Código Civil que las garantías reales se constituyen precisamente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Significa ello que el derecho real de garantía presupone o implica, lógicamente —si no cronológicamente— la existencia de un crédito. No puede concebirse una garantía desprovista de su objeto o fin institucional. Lo anterior no significa que la garantía real deje de tener vida propia en punto a su constitución y existencia, las cuales se regirán por su normativa específica en atención a la naturaleza misma de la institución. Lo que significa es que su existencia no es independiente de la existencia de una obligación a la que asegura. En palabras de Rubino (12), «en relación con la obligación garantizada, la hipoteca presenta autonomía estructural y dependencia funcional». El término hipoteca es perfectamente sustituible por el de garantía real.

No deja de haber algún autor, sin embargo, que niegue esta nota de accesoriedad en los derechos reales de garantía. En concreto, Lascal (13) estima que la obligación personal se transforma en derecho real al constituir la hipoteca a modo de elemento integrante de la misma. Desde luego, se trata de una opinión minoritaria.

Lo que sí es cierto es que el juego del Registro de la Propiedad, por lo que hace a la hipoteca, matiza y limita la nota de accesoriedad, como ponen de relieve Díez-Picazo y Gullón (14).

En efecto, la inscripción registral, explican estos autores, hace surgir la entidad compleja del crédito hipotecario, en la cual, aunque sustantivamente pueda seguirse predicando la dependencia de la garantía real respecto del crédito, no es menos cierto que la extinción de éste, que no haya trascendido al Registro, deja incólume el crédito hipotecario que, respecto de terceros de buena fe, continuará desplegando sus efectos como si siguiera existiendo según el Derecho Sustantivo.

Indivisibilidad

Afirma el artículo 1.860 del Código Civil que «la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor». Subsiste, por tanto, la garantía en toda su intensidad mientras el crédito no se haya satisfecho enteramente. El pago parcial de éste no determina necesariamente la reducción proporcional de la garantía real.

(12) DOMENICO RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*. Milán, 1956, p. 23.

(13) PASCUAL LASCAL: *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*. RDP, 1949. p. 925.

(14) *Op. cit.*, p. 496.

Tampoco la división física de la cosa dada en garantía afectará a acreedor puesto que todas las partes en que se haya podido dividir aquélla seguirán respondiendo, como si tal división no hubiese acontecido, del cumplimiento de la obligación.

Hay que advertir, sin embargo, que esta nota no es esencial a la garantía real, de suerte que es renunciable por el acreedor o titular de ésta. Además, la misma ley establece una excepción a la indivisibilidad, en relación con la hipoteca. El artículo 119 de la Ley Hipotecaria ordena que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder. El principio de indivisibilidad cede ante el principio hipotecario de especialidad.

Necesidad del procedimiento legal de realización

Cuando aludíamos a la tesis procesalista de la garantía real decíamos que no puede aceptarse como explicación total de aquélla y, con este adjetivo, quería anunciar que la ayuda del Derecho Procesal me parece muy importante para acabar de entender cabalmente los derechos reales de garantía. Quizá la doctrina civilista ha descuidado la consideración de este aspecto que, aun cuando no sea sustantivo, tiene, a mi juicio, superlativa importancia.

Se entiende que esta tercera nota sólo se advierte en relación con la función satisfactoria o de realización del valor de la garantía real. pero en esta segunda fase entiendo realiza un papel indiscutible, por lo que debe considerarse como nota característica o perteneciente a la esencia de la segunda función del derecho real de garantía. No es posible realizar el valor de la cosa ofrecida en garantía sino mediante el procedimiento legalmente establecido para ello. No es posible que las partes estipulen o convengan un procedimiento privado de realización de la garantía. No cabe la autotutela o autosatisfacción del acreedor, en palabras de D'Amelio (15). El Estado no permite ejecuciones privadas, por ser función irrenunciable la de ordenar la ejecución forzosa de la obligación. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986, a propósito de la validez de la consignación en especie, hecha por el deudor a favor del acreedor entregando la cosa pignorada, manifiesta que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas... ya que no puede prescindirse para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código Civil», esencialidad, pues del procedimiento que no ha de ser necesariamente judicial pero sí, en todo caso, hallarse previamente establecido por la ley, aunque sea de naturaleza extrajudicial.

(15) MARIANO D'AMELIO: *Codice Civile. libro della tutela dei diritti*. Firenze, 1943. página 454.

La necesidad de este procedimiento responde a la importancia de los intereses que pretenden tutelarse con la observancia de aquél. Por un lado, el amparo del deudor quien, en situación menesterosa, podría haberse visto obligado a aceptar un procedimiento de ejecución de la garantía ofrecida que no permitiera valorar debidamente la cosa ofrecida, con riesgo de perderla íntegramente aun cuando su valor pudiera ser muy superior al del crédito para cuya seguridad la dio en garantía.

Por otro lado, el amparo de los intereses de otros posibles acreedores que seguramente querrán aplicar el posible sobrante del valor de la cosa dada en garantía a la satisfacción, al menos parcial, de sus créditos. Entiendo que la tutela de ambos grupos de intereses exige que no pueda ejecutarse una garantía real sino mediante los trámites que, con carácter de *ius cogens*, vengán establecidos en la ley.

Volveremos sobre este tema al estudiar el pacto comisorio, anticipando ya que la valoración de esta característica puede resultar de la mayor utilidad para resolver los problemas relativos a la extensión de la prohibición del pacto comisorio.

E) CONSTITUCION DE LAS GARANTIAS REALES

a) Fuentes

La fuente principal de la garantía real es sin duda el contrato celebrado, precisamente, entre el acreedor o titular del derecho de crédito y el dueño de la cosa ofrecida en garantía, que normalmente es el deudor de aquel crédito, pero que puede ser una tercera persona interesada en asegurar una deuda ajena.

Se explica así el carácter bifronte de las garantías reales: derecho real y contrato. Desde el punto de vista doctrinal el aspecto fundamental es, sin duda, el derecho real, a pesar de lo cual el Código Civil regula las garantías reales en el Título XV del Libro IV del Código Civil bajo la rúbrica «del contrato de prenda, hipoteca y anticresis». Por lo que hace a la hipoteca, junto al negocio *inter vivos*, el negocio *mortis causa* también puede ser origen de hipoteca, en la modalidad de hipoteca unilateral.

También la ley puede ser fuente de algunas garantías reales, en concreto de la hipoteca. Así, existen las llamadas hipotecas legales tácitas como son las que no exigen para su validez y eficacia ni la constitución voluntaria o por mandato judicial, ni la publicidad registral. Díez-Picazo y Gullón relacionan entre ellas, la establecida en favor del Estado, Provincia o Municipio para asegurar el cobro de determinadas contribuciones o impuestos que recaen sobre inmuebles, las que favorecen a los aseguradores para asegurar el cobro de determinadas primas del seguro, y la establecida en favor de una comuni-

dad de propietarios por el importe de determinados gastos comunes que afectan al piso o local (16).

También son de origen legal las aludidas en el párrafo 2.º del artículo 1.875 del Código Civil, aunque, en rigor, son legales en el sentido no de su imposición automática por la ley, sino en el sentido de que facultan a sus beneficiarios para exigir su constitución, incluso judicialmente, si el obligado no se aviniera a constituir las voluntariamente.

En cambio, para la prenda, la doctrina dominante no suele hablar de otras fuentes constitutivas distintas del contrato. No pueden considerarse prendas legales los supuestos de retención contemplados en distintos preceptos del Código Civil —arts.

1.600, 1.730, 1.780, 1.866, II—. El derecho de retención no es una garantía real pues sólo autoriza para insistir en la posesión de la cosa hasta el cumplimiento de cierta obligación, pero nunca para proceder a la realización de la misma. Sin embargo, Guilarte Zapatero admite también como modos de constitución de la prenda, la usucapión, la adquisición a *non domino* y el acto de última voluntad (17). En el lugar indicado, este autor también cita a Albaladejo y a Peña y Bernaldo de Quirós, en favor de su tesis.

La anticresis sólo puede nacer por voluntad de las partes, con la única excepción que señala Ferrandis del artículo 1.868 del Código Civil, según el cual «si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» Hay que estimar, con el mencionado profesor, que se establece aquí *ex lege* un derecho de anticresis implícito en la prenda (18).

Podríamos tocar aquí, siquiera sea tangencialmente, el problema de la naturaleza jurídica de los privilegios. Es sabido que los privilegios son siempre de origen legal por lo que si se aceptara su naturaleza jurídico-real, como sostiene, por ejemplo, López Alarcón (19), sería éste el lugar para mencionarlos pues estamos tratando de las fuentes de las garantías reales.

El Proyecto de Código Civil 1.851 definía el privilegio como el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Los privilegios son generales cuando se refieren a todos los bienes del deudor, y son especiales cuando sólo aluden a bienes concretos del deudor, expresamente determinados por la ley. Siguiendo al profesor Gullón Ballesteros, que es el autor que

(16) *Op. cit.*, p. 498.

(17) VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por M. Albaladejo. Tomo XXIII. Madrid, 1979, p. 356.

(18) *Op. cit.*, 58.

(19) MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: *El derecho de preferencia*. Murcia, 1960, p. 86 y ss.

mayor atención ha prestado a este tema en la doctrina española, son caracteres del privilegio los siguientes (20):

- Ser de origen legal.
- Garantizar créditos por razón de su causa o excepcionalmente por el título en que constan.
- Constituir una excepción al principio *par conditio creditorum*.
- Ser accesorios del crédito.

Pero, ¿pueden considerarse garantías reales? La cuestión plantea sus mayores dudas en relación con los privilegios especiales de carácter mobiliario. Como, sin duda, refuerzan la garantía genérica del artículo 1.911 del Código Civil y afectan a concretos bienes muebles del deudor, se ha entendido por algún autor que, en definitiva, el privilegio especial mobiliario no es más que una prenda legal. Sin embargo, el profesor Gullón rechaza esta equiparación con apoyo en los siguientes argumentos:

- En los privilegios no existe la desposesión de la cosa que es esencial en la prenda.
- Tampoco en aquéllos existe reipersecutoriedad. La lectura del artículo 1.922 del Código Civil manifiesta que la eficacia del privilegio se subordina a que el acreedor tenga en su poder la cosa del deudor.

Finalmente, en caso de concurrencia, la preferencia entre las prendas se establece por el criterio de antigüedad (art. 1.826, 2.º del Código Civil), mientras que el criterio de solución para la concurrencia de los privilegios especiales mobiliarios es el de la distribución del precio de la cosa a prorrata entre los créditos (art. 1.926, 4.º, del Código Civil).

A los anteriores argumentos podría añadirse el de que la garantía real siempre desempeña su papel de asegurar el crédito principal, aun cuando no se llegara a la fase de realización del valor de la cosa. En cambio, el privilegio sólo desempeñará su papel si se produce la colisión con otros créditos, pero si el crédito del acreedor, por muy privilegiado que sea, no concurre con otros créditos, para nada necesita hacer uso de dicho privilegio. Otro dato más para poder afirmar que estamos ante instituciones diferentes.

En conclusión, como escribe el autor citado, los privilegios mobiliarios especiales son cualidades de ciertos créditos que determinan un derecho preferente de cobro sobre el precio de un bien concreto, si entran en colisión con otros créditos. No puede aceptarse pues la naturaleza jurídico-real de los privilegios de que venimos tratando.

Las dudas sobre su naturaleza son mucho menores respecto de

(20) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios al Código Civil*, de Albaladejo ya citados. Tomo XXIV, p. 682. El mismo: *La prelación de créditos en el Código Civil*. Barcelona, 1962.

los privilegios especiales inmobiliarios o de los privilegios generales. Respecto de los primeros porque la lectura del artículo 1.923 del Código Civil pone de manifiesto que esos privilegios son consecuencia de las garantías reales inmobiliarias o de naturaleza registral —muy afín a aquéllas— constituidas a favor del acreedor. Respecto de los segundos, porque al recaer sobre el patrimonio del deudor, en general, ahí se ve que no puede equipararse a una garantía real que necesariamente ha de recaer sólo sobre bienes concretos y determinados.

b) *Requisitos y obligaciones garantizables*

Según lo prescrito en los art. 1.857 y 1.858 del Código Civil, son requisitos esenciales para la constitución de las garantías reales los siguientes:

1.º Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Nos remitimos a lo dicho cuando hablamos de la accesoriadad.

2.º Que las cosas ofrecidas en garantía pertenezcan en propiedad al que la constituye. Aunque la ley hable de cosa, también los derechos pueden ser objeto de garantía. En cuanto a la cualidad de propietario del que ofrece la cosa, Guilarte Zapatero entiende que también el usufructuario podría gravar la cosa (21). Con mayor razón todavía, el condueño. En todo caso habrá que tener en cuenta el juego de los art. 464 del Código Civil en relación con los bienes muebles y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los muebles. Por efecto de ambos artículos habría que aceptar una garantía real constituida por quien no fuera propietario de la cosa, según el Derecho Sustantivo.

3.º Que las personas que constituyen la garantía real tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. Quizá convenga concretar qué se entiende por libre disposición. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1.926 estimó que no es posible para un deudor pignorar por segunda vez una cosa porque al haberse desposeído de la misma como consecuencia de la primera prenda carece ya de la libre disposición de aquélla. Es decir, esta resolución interpretó libre disposición en un sentido vulgar, no jurídico, de no hallarse materialmente en poder de la cosa. A mi juicio este criterio no es convincente. Pienso que por libre disposición hay que entender disposición en sentido jurídico, no vulgar, y en este sentido, es evidente que el deudor que pignoró su cosa no ha perdido la libre disposición de la misma. Si

(21) *Op. cit.*, 356.

a ello se une que la desposesión, como requisito de la prenda, no exige necesariamente que la cosa pase a manos del acreedor, sino que basta con que se constituya en poder de un tercero (art. 1.863), no veo inconveniente en admitir ulteriores prendas, como se admiten ulteriores hipotecas. Guilarte zapatero admite también esta posibilidad (22).

4.º Que vencida la obligación principal, pueda ser enajenada la cosa que se ofreció en garantía. La doctrina, en general, estima que esta enajenabilidad de la cosa hay que apreciarla al tiempo del vencimiento de la obligación, pero opino que es más acertado el criterio propuesto por Díez-Picazo y Gullón de que tal circunstancia se considere al momento de la ejecución de la garantía que, obviamente, implica el vencimiento de la obligación, pero que puede ser anterior al inicialmente previsto, pues caben los supuestos de vencimientos anticipados (23).

Por lo que hace a las obligaciones garantizables, el art. 1.861 del Código Civil declara que las garantías reales pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya sean sujetas a condición suspensiva o resolutoria. Este artículo ha de entenderse pues como complementario del artículo 1.857 al que antes aludíamos. Pueden asegurarse, por la tanto, obligaciones no pecuniarias aunque, en este caso, como advierte Albadalejo, lo que en rigor se garantiza es la responsabilidad por el incumplimiento de aquéllas (24). En este tipo de obligaciones no pecuniarias entiende la doctrina que no es necesario fijar, al tiempo de la constitución de la garantía, la suma que puede alcanzar la responsabilidad por incumplimiento, aun cuando si la garantía fuera hipotecaria, y por exigencia del principio de especialidad, sí sería necesario determinar la cantidad máxima de que responde la finca.

También las obligaciones futuras son garantizables, aunque no estén expresamente aludidas en el art. 1.861. Piénsese en las llamadas «fianzas» de ciertos funcionarios o profesionales al entrar en el ejercicio de sus cargos, que realmente constituyen supuestos de prenda irregular.

Para terminar este apartado, recordemos que «las terceras personas extrañas a la obligación principal, pueden asegurar ésta, pignorando o hipotecando sus propios bienes» (art. 1557, *in fine*). Es el caso del fiador real, que garantiza una obligación ajena originando así un supuesto de responsabilidad sin deuda.

(22) *Op. cit.*, 405.

(23) *Op. cit.*, 484.

(24) MANUEL ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil Español*; III Derecho de Bienes. Barcelona, 1982, p. 415.

c) *Promesa de constitución de prenda o hipoteca*

Establece el art. 1.862 del Código Civil que «la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de las responsabilidades criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». Como dicen Díez-Picazo y Gullón (25) este precepto es consecuencia del carácter constitutivo que tienen las formalidades previstas en la ley para el nacimiento de las garantías reales. A la promesa debe equipararse la hipoteca constituida en documento privado o la prenda constituida de igual modo y sin desplazamiento de la posesión.

Como en todas las obligaciones de hacer, se plantea el problema de su ejecución forzosa en caso de incumplimiento. Como quiera que ya se ha aceptado, tanto en nuestra Doctrina como en nuestro Ordenamiento positivo (Ley de Arbitraje Privado), la posibilidad de ejecutar forzosamente y en forma específica una obligación de hacer, sustituyendo la actividad del juez la actividad renuente del obligado, podemos afirmar que también en el caso que nos ocupa cabría la posibilidad de imponer judicialmente la constitución de la garantía real ofrecida, mediante las formalidades de rigor, siempre y cuando en la promesa o documento privado se determinaran las circunstancias indispensables para la existencia de aquélla, esto es, fijación de la cantidad garantizada, vencimiento de la obligación principal, intereses en su caso, etc... Si no se hubieren previsto estas circunstancias, el incumplimiento sólo podría originar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Entiende la doctrina dominante que el incumplimiento de la promesa, sin perjuicio de la acción personal que acabamos de aludir, también daría derecho a resolver la obligación principal, aunque la eficacia práctica de esta resolución estaría supeditada a que el acreedor todavía no hubiese entregado la cosa objeto de la obligación principal.

Finalmente hemos de llamar la atención sobre la escasa fortuna de la referencia a la responsabilidad criminal contenida en el citado art. 1.862. En efecto, el art. 531 del Código Penal castiga al que fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare o gravare. Se ve, por tanto, primero que sólo alude a bienes inmuebles, lo que excluye la prenda, y segundo que no tipifica la promesa de constituir garantía, sino la constitución misma sobre cosa de la que no se es dueño.

(25) *Op. cit.*, 485.

d) Extinción.

Expone el profesor Ferrandis (26) que en punto a la extinción del derecho real de garantía es posible distinguir los siguientes grupos de modos extintivos, a saber:

- Modos de extinción comunes a todos los derechos reales, por ejemplo la pérdida de la cosa.
- Modos de extinción especiales de los *iura in re aliena*, como por ejemplo la consolidación.
- Modos de extinción peculiares de los derechos reales de garantía, como por ejemplo la extinción de la obligación principal.

Es de advertir que cabe la posibilidad de que se extinga la garantía real y subsista sin embargo la obligación principal: Así, en el caso de consolidación, si el acreedor adquiriera la cosa gravada, se extinguiría la garantía real pero no la obligación. Lo mismo ocurre en el supuesto del art. 1.191 del Código Civil, conforme al cual, «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor».

Por último, y en relación con la extinción de la hipoteca, hay que tener en cuenta, según ya hemos advertido anteriormente, el especial juego del Registro de la Propiedad, que impide la extinción de aquélla, aun cuando se hubiere pagado la obligación principal, si esa extinción de la obligación principal no se hace constar en los libros registrales, todo ello según lo dispuesto en el art. 144 de la Ley Hipotecaria.

E) EN ESPECIAL, EL PACTO COMISORIO

a) *Delimitaciones previas y concepto*

La doctrina suele aludir con la expresión *lex commissoria* a dos instituciones que, a nuestro juicio, son distintas aun cuando algún autor [Monedero, por ejemplo (27)], ha intentado el tratamiento unitario de ambas. Nos referimos al pacto comisorio y a la cláusula resolutoria, especialmente la convenida en los contratos de compraventa de inmuebles. Como digo, estimo que son instituciones diferentes.

En sentido estricto, por pacto comisorio se entiende la cláusula incorporada a un contrato de garantía en virtud de la cual el acreedor queda facultado para hacer suya la cosa ofrecida en garantía, directa

(26) *Op. cit.*, 59.

(27) Conferencia pronunciada por el autor y citada por CELESTINO MAS ALCARAZ: *El pacto comisorio*. En *Estudios de Derecho Privado*, Vol. II, Madrid, 1965, p. 57.

y automáticamente o a través de un procedimiento de ejecución privada, en caso de incumplimiento de la obligación principal asegurada.

En cambio, la cláusula resolutoria incorpora al contrato una condición de este tipo cuyo efecto es establecer la resolución del mismo en caso de incumplimiento por la otra parte. Lo que sucede y quizá ese sea el origen de la confusión terminológica es que semejante cláusula va acompañada habitualmente de otro pacto en virtud del cual la resolución del contrato implica, por vía de indemnización a favor de la parte cumplidora, que ésta hará suyas, total o parcialmente, las cosas que, como consecuencia del contrato haya recibido ya, generalmente, la parte de precio que, hasta el momento de la resolución, hubiere satisfecho ya el comprador. Hay, por tanto, al igual que en el pacto comisorio estricto, adquisición de una cosa a consecuencia de un incumplimiento. Sin embargo, esta coincidencia no justifica, a mi modo de ver, la equiparación de ambas figuras. En primer lugar, esa pretendida adquisición de la parte de precio satisfecha, aunque se convenga en el contrato por las partes a modo de liquidación de daños y perjuicios, rara vez se ratifica por los tribunales, quienes, casi sin excepción, al amparo de la dispuesto en el art. 1.154 del Código Civil, modifican aquel pacto, disponiendo que esas sumas recibidas por el vendedor se devuelvan, en todo o en parte —casi siempre en todo— al comprador, por efecto de la resolución del contrato y por aplicación analógica del art. 1.303 del Código, que ordena a los contratantes la devolución recíproca de las cosas que hubiesen sido objeto de la relación jurídica. En la práctica, pues, la cláusula resolutoria no implica adquisición alguna.

En segundo lugar, enseguida vamos a ver las diferencias esenciales entre ambas figuras, que impiden su equiparación, pero antes conviene señalar que, junto a la razón antes apuntada, también puede hallarse otra de tipo histórico que explica la mencionada confusión terminológica. En efecto, en Derecho Romano se aplicaba la misma expresión, *lex commissoria*, para referirse tanto al pacto comisorio como a la cláusula resolutoria. Quizá, porque *committere*, entre otros significados que se usan en las fuentes romanas, vale reforzar un contrato mediante un pacto accesorio, como expone Domingo Irurzun (28) y, ciertamente, ambos pactos, cuyo deslinde pretendemos, sirven para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Pero, aparte esta coincidencia, que por lo demás es común a otras figuras, he aquí las diferencias que, a nuestro juicio, separan ambos pactos:

- El pacto comisorio implica la existencia de dos contratos celebrados por las partes. El contrato obligacional o personal y el real para asegurar el primero. Y es en este segundo contrato

(28) DOMINGO IRURZUN GOICOA: *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*. En la obra colectiva citada en la nota anterior.

en el que establece el pacto comisorio. En cambio, la cláusula resolutoria técnicamente no exige más que un sólo contrato entre las partes. La cláusula forma parte de ese único contrato personal, amenazado de resolución.

- El objeto del pacto comisorio es la cosa ofrecida en garantía. El de la cláusula resolutoria, el mismo contrato que queda privado de eficacia, sin perjuicio de que, como antes hemos explicado, exista la pretensión de adquirir la parte de precio ya entregada, pretensión que, en todo caso, sería accesoria y además, resulta de muy dudosa licitud, razón por la cual puede afirmarse que se rechaza habitualmente por los tribunales.
- El pacto comisorio, en rigor y como veremos con más detenimiento, es un modo de ejecutar o consumir el contrato de garantía. Es un modo de que éste despliegue sus naturales efectos. La cláusula resolutoria implica cabalmente lo contrario, es decir, busca no la ejecución sino la ineficacia del contrato.
- Pacto comisorio, habitualmente, debe calificarse de inmoral. La cláusula resolutoria, en sentido riguroso, esto es cuando no va acompañada de cláusula penal o ésta es moderada, es perfectamente moral.

En resumen, no me parece que la equiparación de ambas figuras sea posible teóricamente, ni tampoco que aquélla pueda suponer ventajas prácticas para su mejor exposición y comprensión.

Limitaré, por tanto, mi estudio al pacto comisorio, *sensu strictu*, aceptando el concepto que ofrecí al comenzar este epígrafe.

Para terminar de perfilar aquel concepto, entiendo que conviene destacar, en este momento, la esencia o naturaleza de dicho pacto: ¿En qué consiste realmente el pacto comisorio?.

Cuando hablábamos de las notas características de las garantías reales, decíamos que una de ellas, si bien sólo referida a la garantía real en su fase de ejecución o de realización del valor, era la esencialidad del procedimiento legalmente establecido para su realización. Incumplida la obligación, el acreedor puede agredir la cosa dada en garantía, pero ha de hacerlo precisamente con sujeción a los trámites prevenidos con carácter previo en la ley. En nuestro Ordenamiento se prevén el procedimiento judicial y extrajudicial, que exige la intervención de fedatario público, en todo caso. Decíamos, entonces, que no es posible prescindir de ese procedimiento; que no es posible, no ya la realización directa o inmediata de la cosa sin trámite alguno, sino ni siquiera la aceptación de un procedimiento distinto a los establecidos en la ley, que tal vez hubieron podido convenir las partes.

Pues bien, el pacto comisorio supone, precisamente, la ejecución de la garantía prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El acreedor, ante el incumplimiento del deudor, se adjudica directamente la cosa en satisfacción de su crédito. La incorpora a su patrimonio automáticamente; o también, porque

es la otra manifestación del pacto comisorio, la realiza mediante un procedimiento expresamente convenido por las partes pero que no es el previsto por la ley. En mi opinión, ésta es la nota esencial del pacto comisorio. Otras circunstancias sobre las que luego volveremos, como el mayor importe del valor de la cosa sobre el valor del crédito, el perjuicio para otros acreedores, su inmoralidad, etc., sin dejar de concurrir, cierta aunque no necesariamente, en el pacto comisorio, no sirven para comprender su verdadera naturaleza. La mayor dificultad que, a propósito de este pacto, se ha planteado la doctrina, a saber, la determinación de la extensión de su prohibición, se resuelve, a mi modo de ver satisfactoriamente, como luego trataré de exponer, partiendo de esta nota esencial del pacto, que contradice frontalmente la otra no menos esencial de toda garantía real, en su fase satisfactoria o de ejecución, a saber: la necesidad de un procedimiento legal previo de ejecución.

b) *Referencia histórica en Derecho español y regulación positiva*

Se ha dicho, con razón, que la historia del pacto comisorio es la historia de su prohibición.

En efecto, ya la legislación de las Partidas prohibía expresamente la posibilidad de que el acreedor pudiera hacerse dueño de la cosa pignorada o hipotecada y, en esa misma línea, el Proyecto de 1.851 recogía la prohibición y añadía: «aunque así se hubiera estipulado» artículo 1.775 para la prenda y 1.806 para la hipoteca, de forma que, *expressis verbis*, declaraba la nulidad de toda estipulación en contra de la prohibición.

Sin embargo, el Anteproyecto de García Goyena degradó la naturaleza de la prohibición al rango de norma de Derecho dispositivo, pues admitió expresamente el pacto en contrario convenido entre las partes.

Así llegamos al Código Civil. Su art. 1.859 establece: «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»: Obsérvese que con esta fórmula, ni se condena expresamente el pacto en contrario, como hacía el Proyecto del 51, ni se afirma tampoco su admisibilidad, a semejanza del Anteproyecto de García Goyena. Por otro lado, el art. 1.884, al regular la anticresis, determina que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo...». Como acontece en casos semejantes, este rechazo expreso del pacto en contrario podía interpretarse, bien como manifestación de un principio general de inadmisibilidad, bien como excepción a un principio general de admisibilidad. De hecho, en los primeros momentos, la doctrina vaciló sobre la naturaleza necesaria o dispositiva de la prohibición, pero hoy puede afirmarse que

tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan la prohibición del art. 1.859 como materia de *ius cogens*, inderogable por voluntad de las partes, de conformidad con la tradición romanista y el Derecho histórico español.

Sólo se discute, como ya advertimos, sobre la extensión de la prohibición, esto es, sobre el mayor o menor número de supuestos que merecerían la calificación de pacto comisorio, la cual, indefectiblemente, acarrearía, como veremos, su nulidad.

c) *Fundamento de la prohibición*

La doctrina se ha extendido sobre la materia y se han formulado variadas teorías para explicar la razón de la prohibición del pacto comisorio. Veamos las más importantes que, además, compendian todas las otras que no son sino modalidades de las que vamos a exponer.

— Teoría de la tutela jurídica del deudor.

Puede decirse que es la teoría tradicional tanto en la doctrina española como en la italiana (Breglia, Guidi) (29) Se estima que el deudor no manifestaría un consentimiento válido al aceptar el pacto, perjudicial para él, pues que la situación de necesidad o menesterosidad en que se hallaba coartaría su libertad, de suerte que ese consentimiento, por forzado, no sería jurídicamente válido.

Es muy posible que, en efecto haya de estimarse viciada la voluntad del deudor necesitado de obtener un préstamo, necesidad que le lleva a consentir el pacto comisorio. Sin embargo, la explicación no me parece convincente:

- En primer lugar, la presunción se establece en favor de la libertad de los contratantes, no en favor de su falta de libertad. Lo que se presume en todo contrato es la validez del consentimiento, no lo contrario. Si los sujetos gozan de plena capacidad de obrar, la actitud paternalista ni tiene fundamento jurídico porque todo el Derecho de Obligaciones caería por tierra si aceptamos la existencia de grupos de contratantes más o menos débiles, ni tiene fundamento lógico porque, salvo prueba en contrario, la persona se reputa libre y responsable.

- En segundo lugar, es que si admitimos que el deudor actuó coaccionado para aceptar el pacto comisorio, no se acierta a comprender por qué no se extiende el acto de la coacción a toda la relación jurídica compleja, comprensiva tanto del negocio de garantía como del negocio obligacional. O el deudor se encontraba en situación de angustiosa necesidad determinante de falta de libertad negocial, o no. Si lo primero, la invalidez del consentimiento debe predicarse no sólo

(29) BREGLIA: *Diz. Patito Diritto Privato. Voz: Patto commissorio*. Milán, 1937, página 333. GUIDI: *Il patto commissorio*. Milán, 1952, p. 42.

de una cláusula, a la postre accesoria, sino de toda la relación jurídica completa. Y, sin embargo, nadie ha sostenido esta conclusión que, a mi juicio, sería la lógica.

- En tercer lugar, si el fundamento de la prohibición fuera la superación de falta de libertad negocial, tiene razón Lojacono (30) cuando señala que entonces el mecanismo jurídico indicado sería el de anulabilidad del negocio, no el de la nulidad absoluta. En efecto, ese es el mecanismo arbitrado por el Código para los supuestos de consentimiento negocial viciado (art 1.300 y siguientes). Habría que dejar al propio deudor la decisión de impugnar o no la cláusula pues nadie como él sabe si actuó libre o necesariamente.

- Finalmente, si se acreditara la libre espontaneidad del consentimiento del aceptante del pacto, no habría más remedio que admitir la validez de aquél.

En conclusión la teoría, a mi juicio, no convence.

— Teoría técnico-jurídica.

Llamo así a la sostenida por Chironi (31) quien entiende que la prohibición se explica por la contradicción técnica que su admisibilidad implicaría. En efecto, dice el autor indicado, la garantía real da derecho al acreedor al valor de la cosa, no a la cosa misma, por ende esa directa apropiación de la cosa arguye desnaturalización de lo que, en buenos principios, es una garantía real. Tiene mucho razón Chironi pero me parece que la prohibición se refiere tanto a la apropiación de la cosa como a la realización de aquélla, de su valor, por un procedimiento distinto al previsto en la ley. Por ello, la explicación de Chironi es parcial porque explica la prohibición de una modalidad o aspecto del pacto comisorio pero no de ambas.

— Teoría de la tutela jurídica de los acreedores.

En realidad esta teoría es compatible y complementaria de la primera. Se dice que los acreedores restantes del deudor tienen derecho sobre el valor residual de la cosa ofrecida en garantía, cuando el valor de ésta es superior al importe de la obligación garantizada, derecho que perderían en caso de adjudicación total al acreedor. En Derecho italiano sostiene este fundamento Carnelutti (32). Sin embargo, es certera la objeción que formula Irurzun (33): el fundamento perdería su sentido en el caso de un deudor rico, con un patrimonio suficiente ampliamente para satisfacer al acreedor garantizado con la cosa y a los demás.

(30) VICENZO LOJACONO: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*. Milán, 1952, página 26.

(31) CHIRONI: *Trattato dei privilegi, della ipoteche e del pegno*. Torino, 1984, número 257.

(32) FRANCESCO CARNELUTTI: Riv. Diritto Commerciale, 1916, II, Note sul patto commissorio, p. 887.

(33) *Op. cit.*, 35.

— Teoría de la inmoralidad del pacto.

Bianca y Brugi sostienen que la prohibición del pacto encuentra su fundamento en que es contrario a las buenas costumbres o a la moral ya que no es justo que el acreedor haga lucro o granjería a costa del deudor, lo que sucedería si percibiera una cosa de valor superior al del crédito garantizado (34).

Sin embargo, este argumento tampoco es convincente. Este tipo de ventaja o beneficio podría descubrirse en otros muchos negocios y no por ello se sigue su nulidad radical. Piénsese en compraventas con precio injusto. En Derecho español no se exige, sin embargo, que el precio sea justo. Sólo en contadas ocasiones, la llamada lesión en el valor de las cosas puede originar la impugnación del negocio. Así ocurre en los supuestos de rescisión de los números 1º y 2º del art. 1.291 del Código, pero, como digo, es un fenómeno excepcional.

En principio, también los deudores pueden hacer donaciones o renunciar a sus derechos, incluso en favor de sus acreedores, aun sin traspasar los límites de la inoficiosidad por imperio del sistema de legítimas, o los que establecen la institución del fraude de acreedores. Pero respetando estos límites, no parece que consideraciones muy atendibles desde el punto de vista moral, hayan de producir también efectos jurídicos.

— Teoría de la ejecución privada.

Sostiene D'Amelio (35) que la prohibición del pacto comisorio no es sino manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor.

A mi juicio, ésta es la teoría más verdadera y la que explica enteramente la prohibición del pacto que nos ocupa. Como decíamos más arriba, el pacto comisorio implica la derogación del procedimiento de ejecución forzosa de la garantía establecido en la ley, bien porque se prescinde de todo procedimiento y el acreedor hace suya la cosa directa y automáticamente, bien porque esa ejecución o realización del valor de la cosa dada en garantía se lleva a cabo mediante otro procedimiento especialmente convenido entre acreedor y deudor, pero diferente del legalmente previsto. En todo caso, significa el apartamiento de la tutela estatal y su sustitución por la tutela privada.

Pues bien, a nuestro modo de ver, tal sustitución no es admisible porque la ejecución forzosa es materia excluida de la disponibilidad de los particulares, excluida de la autonomía privada. Nos remitimos a lo expuesto al tratar este punto cuando estudiábamos la naturaleza y notas características de las garantías reales.

(34) BIANCA: *Recensión de su artículo Il divietto del patto commissorio*, realizada por Marco Baro en Revista Der. Notarial, 1960, Tomo XXVIII, p. 367. BRUGI: *Instituciones del Derecho Civil*. Traduc. Jaime Sino Bofarull. México, 1946, p. 356.

(35) MARIANO D'AMELIO: *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*. Firenze, 1943, p. 454.

En definitiva, el fundamento de la prohibición se encuentra en el Derecho Procesal que rechaza la posibilidad de la ejecución privada de las obligaciones, si bien, como ocurre siempre en todo tipo de formalidades o exigencias procesales que merezcan verdaderamente este nombre, y no sean meras formas vacías de significado y razón de ser, la normativa procesal que disciplina la ejecución forzosa hunde sus raíces en la salvaguardia de derechos o intereses sustantivos. Esta necesidad de observar un procedimiento responde a la de tutelar intereses muy legítimos de deudor y acreedores, como explicábamos en el lugar antes aludido.

Una cosa es el desequilibrio de las prestaciones y otra que ese desequilibrio sea resultado de la falta de libertad de una parte, cuyo consentimiento, por ende, resulta viciado. En general, creo que sólo lo segundo puede preocupar al Derecho y, para tratar de evitar este resultado, se establece un procedimiento legal de ejecución y se rechaza la ejecución privada, precisamente porque en ésta puede no haberse respetado enteramente la libertad del contratante más débil o necesitado.

Por ello, y puestos a discurrir teóricamente, podría aceptarse la ejecución privada cuando se demostrara que ni padecen unos ni otros intereses. Pero, claro, la ley se da para la generalidad de los supuestos. No es hacedero una especie de examen previo y particularizado del caso concreto para comprobar si resulta justificable la prohibición de la ejecución privada. A no dudar, habrá casos en que, por no haber perjuicio ni para deudor ni para los restantes acreedores, sería mucho más beneficiosa para los interesados la ejecución privada que la pública, cuyo costo, complejidad, y, con frecuencia, devaluación de la cosa, son indiscutibles. Pero ¿quién hace esa valoración? ¿Cómo?

Sin duda, podría la ley establecer una especie de cognición previa para determinar si está o no justificado seguir el procedimiento ordinario de ejecución, pero entonces, ya estaríamos imponiendo otro procedimiento legal, con lo que no hacemos sino confirmar la tesis que venimos sosteniendo: no es posible prescindir de la tutela estatal, a la hora de la ejecución forzosa de una obligación.

d) *Extensión de la prohibición del pacto comisorio*

La doctrina suele interrogarse sobre la amplitud de la prohibición contenida en los art. 1.859 y 1.884 del Código Civil.

¿Se puede admitir la validez del pacto bajo ciertas condiciones?, ¿Podrá el acreedor, en algún supuesto, hacer suya la cosa ofrecida por el deudor, por razón de su incumplimiento?. La doctrina suele pasar revista a diversos supuestos para, según unos u otros autores, aceptar su validez o rechazarla.

Ante todo hay que descartar supuestos que no constituyen de ningún modo el pacto prohibido, sencillamente por no tratarse de un verdadero pacto comisorio. Tienen mucha razón Díez Picazo y Gullón cuando afirman la inadmisibilidad de la tesis prohibitiva de convenios particulares entre deudor y acreedor (36). Así sucede, por ejemplo, en la adjudicación o dación en pago que, sobre la misma cosa que fuera ofrecida, puedan convenir acreedor y deudor, después de vencida y no satisfecha la obligación principal. En tal hipótesis, es perfectamente lícito dicho negocio jurídico. Las partes no ejecutan la garantía sino que convienen un modo de pago perfectamente admitido en Derecho como es la adjudicación de una cosa en pago o para pago de la obligación. Ambas modalidades, *pro soluto* o *pro solvendo*, resultan indudablemente lícitas. Nada hay que objetar por el hecho de que el objeto de esa dación sea la misma cosa que se ofreciera primeramente en garantía. Estamos ante un negocio esencialmente diferente del contrato de garantía.

Precisamente las partes renuncian a ese contrato previamente convenido y, para liquidar la obligación, acuden a otro contrato diferente. Que la cosa adjudicada pueda ser de mayor valor que el importe del crédito no implica su invalidez o ilicitud. Insistimos en que la razón de ser de la prohibición del pacto comisorio no es la posible ganancia o lucro que pueda hacer una parte, preocupación a la que, en general, es ajena el Derecho, según dijimos al hablar del problema del precio justo en la compraventa, sino el rechazo de la ejecución privada de una obligación, y la adjudicación no es una forma de ejecución forzosa de una obligación. El deudor, persona con plena capacidad de obrar es muy dueño de hacer un mal negocio o de hacer una donación en favor del acreedor. Otra cosa será que, si tal ventaja excede de los límites de toda donación o se realiza en fraude de acreedores, los perjudicados puedan poner en marcha los recursos que la ley contempla y ofrece para remediar tales perjuicios. Aparte de que el deudor adjudicante siempre pudo haber optado por soportar la ejecución legal de la garantía, si entendía que así convenía mejor a sus intereses.

Resuelto este primer supuesto, vayamos con otros que pueden ofrecer mayor duda. Para su exposición podemos clasificarlos en los siguientes grupos:

1.º Supuestos de pacto comisorio en sentido propio. Entiende la doctrina que el pacto comisorio en sentido propio es aquel que se manifiesta como cláusula inserta en un contrato de garantía, esto es, el supuesto normal o típico de pacto comisorio. Su prohibición, con carácter general, es indiscutible a tenor de los preceptos ya citados, pero se ha discutido a propósito de dos modalidades, a saber:

(36) *Op. cit.*, p. 484.

— El llamado pacto marciano. Es aquél por el que acreedor y deudor convienen que si al vencimiento no se cumple la obligación garantizada, la cosa ofrecida en garantía pasa a propiedad del primero, previa justa estimación y entrega al deudor, en caso de que el valor de la cosa superara al del crédito, del exceso. Suele aceptarse por la doctrina tanto española como italiana. Así, entre otros, Irurzun, Lojacono, etc. (37).

— El llamado pacto *ex intervallo*, es decir, el pacto comisorio pero convenido no al tiempo de la celebración del contrato de garantía sino con posterioridad a éste o, incluso, con posterioridad al contrato principal, cuando éste no se había asegurado con contrato de garantía, pero siempre antes del vencimiento de la obligación principal, para no confundirlo con la dación en pago.

La doctrina española e italiana suele rechazarlo (38), aunque en la francesa es mayoritaria, quizá, la opinión favorable. Así, Planiol y Ripert, Jossierand, Colin y Capitant (39).

A nuestro juicio, una vez averiguada la verdadera naturaleza del pacto comisorio, no puede dudarse sobre el rechazo de ambas modalidades. Tanto en un caso como en otro lo que se pretende es la ejecución forzosa privada de una obligación, y la ejecución privada no es admisible. La doctrina duda porque sigue preocupada con el fondo moral de la cuestión. Sigue preocupada con la posibilidad de que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al del crédito, prevaliéndose de la situación de necesidad del deudor. Ya he señalado que tales consideraciones no me parecen jurídicamente estimables, primero porque no son privativas del contrato de garantía con pacto comisorio sino que podrían extenderse a otros muchos, con notorio desequilibrio entre las prestaciones, y segundo porque si tal fuera el fundamento de la prohibición, probada la espontaneidad, la libertad de la voluntad del deudor, habría que admitir la validez del pacto comisorio.

Pensemos en el pacto marciano que no parece tener adversarios en la doctrina. No basta con decir «previa justa estimación de la cosa». Vamos al caso concreto y veamos cómo se lleva a la práctica esa justa estimación. Es de suponer que habría que acudir a peritos para determinarla pero, sin agotar la cuestión, he aquí algunos interrogantes: ¿Quién nombra los peritos? ¿Cuándo, en el mismo contrato de garantía o al tiempo de ejecución? ¿Hay posibilidad de re-

(37) *Op. cit.*, p. 44.

(38) Véase, por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 484, en la doctrina española, y, en la italiana, LOJACONO, *op. cit.*, pp. 50-51.

(39) PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XII. Traduc. Mario Díaz Cruz. La Habana, 1946, p. 120. LOUIS JOSSEMAND: *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. II, Traduc. Santiago Cunchillos. Buenos Aires, 1951, p. 456. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental del Derecho Civil*. Tomo V. Traduc. RGLJ, Madrid, 1925, p. 76.

cusación? ¿Pueden intervenir en el justiprecio los demás acreedores del deudor? ¿Cuál es el destino del exceso habiendo otros acreedores? ¿Cómo se averigua si existen esos otros acreedores? Todos estos interrogantes no hacen sino poner de manifiesto la necesidad de un procedimiento ordenado y justo para poder ejecutar una obligación. Ahora bien, los particulares no pueden proveer a esta necesidad. Por las razones indicadas más arriba, al hablar de las garantías reales, es función del Estado, cabalmente, para mejor servir los intereses de los particulares.

En conclusión, la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales tiñe de ilicitud cualquier modalidad de pacto comisorio en sentido propio.

2.º Supuestos de pacto comisorio en sentido impropio.

Irurzun y Celestino Mas llaman pacto comisorio impropio al que funciona como garantía autónoma, es decir independiente de un contrato de garantía típico: hipoteca, prenda o anticresis. Por ejemplo, en un préstamo se conviene que incumplida la obligación, el prestamista hará suya determinada cosa del deudor o prestatario. Se trata, por ende, de un contrato de garantía atípico porque no discurre por los cauces de los previstos en el Código Civil o en las leyes complementarias. Irurzun acepta tal posibilidad. Mas la rechaza (40).

A nuestro juicio, tampoco estas modalidades son admisibles. Desde luego, no constituyen pactos comisorios en sentido estricto por lo que podría pensarse que la norma prohibitiva no debería interpretarse en sentido amplio, de conformidad con la naturaleza de toda norma prohibitiva, pero el problema no es el de interpretar la amplitud de la prohibición del pacto comisorio sino el de aceptar garantías reales atípicas. En Derecho español, la doctrina está conforme en que aun aceptando la posibilidad del *numerus apertus* en la configuración de derechos reales, por aplicación de los artículos 2º de la Ley Hipotecaria y 7º de su Reglamento, esa autonomía privada no se extiende a la libre creación de derechos reales de garantía. Precisamente, entiendo que esta limitación que establece la doctrina obedece a esa nota esencial que vengo repitiendo: la necesidad de seguir para su ejecución el procedimiento legalmente establecido con carácter previo. Por definición, si se admitieran garantías atípicas, habría que admitir regulaciones privadas para su ejecución pues no resultarían aplicables las establecidas para las garantías típicas, y esta circunstancia es, cabalmente, la que impide su admisión.

Todavía en este grupo podríamos incluir una figura, que además, ha sido contemplada por la Jurisprudencia. También la promesa de venta podría utilizarse para seguridad del prestamista. Es el supuesto de hecho de la STS de 27 de Marzo de 1.926 en la que podremos

(40) *Op. cit.*, p. 45 y 72.

leer que «resulta notorio que la cláusula de cierta escritura en la que se convino que, transcurrido el plazo fijado para la duración del préstamo, si el deudor no hubiera pagado al acreedor, el último haría suyas las acciones a los tipos de cotización que dicha cláusula determina, esta estipulación, por llenar el requisito esencial del señalamiento del precio que para la promesa de venta exige el artículo 1.451 del Código Civil, con las demás sustanciales de causa, objeto y consentimiento, es inherente a otra clase de contrato ajena el pacto comisorio...». Entiende esta sentencia, pues, que semejante promesa de venta hecha por el deudor en favor del acreedor y para el caso de incumplimiento no es un pacto comisorio y, por tanto, declara su plena validez.

Convenimos en que es un pacto comisorio, según el concepto estricto que aquí hemos defendido, pero de ahí a admitir su licitud va un trecho. Resulta indiscutible que esta modalidad garantizadora encaja sin dificultad en este grupo pues, en definitiva, se está utilizando una cosa como garantía, al margen de los contratos reales típicos, y además, se está regulando y conviniendo un procedimiento de ejecución distinto de los previstos en la ley para aquellos contratos típicos, procedimiento que consiste en el cumplimiento de la promesa de venta.

En cambio, me parece muy acertada la RDGRN de fecha 29 septiembre 1.987 que rechaza la inscripción de una escritura en la que, a modo de garantía, el prestatario concedía una opción de compra al prestamista, sobre bienes del primero, y, además, para asegurar la efectividad de la opción, el dicho prestatario otorgaba poder irrevocable a un tercero para que, en su nombre, consumara la opción en favor del prestamista, en caso de incumplimiento.

Me parece que también aquí estamos ante una garantía atípica y, por ende, prohibida.

En conclusión, en ambos casos, garantía real atípica, rechazable por las razones apuntadas.

3.º Supuestos de pacto comisorio oculto.

Incluye la doctrina en este apartado otros supuestos de discutible validez cuyo denominador común es la obtención de los efectos propios del pacto comisorio pero de forma disimulada o encubierta, esto es, utilizando la apariencia de otras figuras jurídicas perfectamente lícitas pero que el verdadero propósito de las partes desnaturalizan.

Con esta introducción ya se ve que es otro el problema de fondo, como a continuación expondremos. En rigor, ni este tercer grupo ni el anterior deben tratarse al hablar del pacto comisorio. En la definición que propusimos al comienzo, se delimitaba claramente el alcance de la figura para incluir en ella, exclusivamente, a la cláusula que, sin ambages, permite al acreedor apropiarse de la cosa ofrecida en garantía, bien directamente, bien a través de un procedimiento de ejecución privada, cláusula, por tanto, inserta en un contrato de ga-

rantía real. Los supuestos de pacto comisorio impropio o de pacto oculto no son sino intentos de construir garantías reales atípicas, intentos llamados a fracasar por las razones anteriormente expuestas.

Sin embargo, como, habitualmente, los autores aluden a los casos comprendidos en estos dos últimos grupos, a la hora de concretar el alcance de la prohibición, me ha parecido oportuno no desviarme de la senda tradicional, aparte de que para sentar estas conclusiones importa haber estudiado previamente, como hemos hecho, la naturaleza del pacto comisorio y el fundamento de su prohibición.

Después de la advertencia antecedente, pasemos ya al examen de dos figuras que pueden utilizarse para conseguir el resultado prohibido en el pacto comisorio.

— Compraventa de garantía (*fiducia cum creditore*).

No podemos ocuparnos de este instituto en toda su extensión. Sólo nos compete en la medida que pudiera utilizarse para construir una garantía atípica, esto es, para burlar el requisito de ejecución legal, propio de toda garantía real en su fase satisfactoria.

La *fiducia cum creditore*, según la mejor doctrina, es institución perfectamente lícita pero siempre que no se pretenda obtener unos efectos reales propios de los contratos típicos de garantía en su fase de ejecución. Explica don Federico de Castro que la Jurisprudencia admite la figura —STS de 8 de marzo de 1.957, por ejemplo—, pero en el bien entendido de que el prestamista fiduciario sólo adquiere facultad para retener la cosa, no para apropiársela definitivamente. Si el prestatario hubiera incumplido, el fiduciario habrá de perseguir la garantía por el procedimiento legalmente establecido para ejecutar una hipoteca o una prenda y, mientras tanto, tiene la ventaja de poder insistir en la posesión de la cosa. Así, la STS de marzo de 1944, citada por el ilustre autor (41). Más recientemente, las de 18 de mayo y 2 de junio de 1982.

Ya en nuestros días, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto, y en su Resolución de 10 de junio de 1986 afirma que «si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente fiduciario sólo tendrá sobre la cosa facultades de garantía pero no de apropiación».

En otras palabras, lo que no es admisible es entender la figura como una especie de ejecución anticipada de la garantía, conseguida a través de un negocio jurídico de compraventa, previniéndose así contra el riesgo de incumplimiento. Repito que estaríamos ante una garantía atípica, creada al margen de la ley y por tanto, sin respetar la necesidad de que la ejecución de toda garantía discurra por los cauces previstos en el Ordenamiento.

(41) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, p. 431 y ss.

— Compraventa con pacto de retro.

Al igual que en la compraventa de garantía, en la venta a carta de gracia puede ocultarse el propósito de burlar la exigencia del procedimiento legal de ejecución en una garantía real. Junto a un uso correcto y lícito de la figura, cabe otro en que también hay una ejecución privada y previa de la garantía: la cosa se «vende» por el prestatario al prestamista por un precio equivalente al importe del préstamo, conviniéndose el pacto de retro que permitiría al prestatario recuperar la cosa dentro de un plazo —la duración del préstamo— mediante devolución del precio, incrementado con los intereses, o sin incrementar, cuando no es necesario porque en el contrato se hizo figurar una suma superior a la realmente recibida por el prestatario.

Es verdad que para resolver esta cuestión podríamos acudir al argumento que venimos utilizando reiteradamente: en Derecho español no caben garantías reales atípicas. Sin embargo, la evidente discordancia entre voluntad negocial y manifestación de voluntad nos inclina más bien, siguiendo las enseñanzas del profesor De Castro, a tratar el problema como un supuesto de simulación, en concreto de simulación relativa, pues, en rigor, falta la causa de la compraventa por lo que este contrato —el negocio simulado— no existe, pero, en cambio, sí puede aceptarse el préstamo como verdadero negocio querido por las partes —negocio disimulado—. Así lo entendió la STS de 15 de octubre de 1964 (42).

En resumen, a nuestro juicio, no hay supuestos en que pudiera admitirse la posibilidad de que el acreedor hiciera suya la cosa ofrecida en garantía, al margen del procedimiento legal de realización de las garantías. Si lo que se pretende es un pacto comisorio verdadero, ligado pues a un contrato de garantía, lo veda el tenor literal de los art. 1.859 y 1.884 del Código Civil, y ello tanto si lo que se pretendiera fuere la adquisición directa y automática de la cosa, como si fuere su adquisición final, previa observancia de un procedimiento distinto al previsto en la ley, que hubieran podido convenir las partes, porque, en definitiva, el fundamento de la prohibición se encuentra en el carácter necesario e insustituible del procedimiento de ejecución pública propio de toda garantía real en su fase de realización, que, en ningún caso, puede sustituirse por una especie de ejecución privada.

Si lo que se pretende es alguna de las modalidades de lo que la doctrina llama pacto comisorio impropio, en rigor, tales modalidades constituirán derechos reales de garantía atípicas, y, en Derecho español, la autonomía privada no se extiende a la creación de garantías distintas a las contempladas con carácter de *numerus clausus* en la ley. Por tanto, también es clara la ilicitud e invalidez de semejantes acuerdos garantizadores.

(42) *Op. cit.*, p. 436.

Finalmente, los denominados supuestos de pacto comisorio oculto tampoco serían admisibles pero por aplicación de la teoría general de la simulación en los negocios jurídicos porque, en verdad, les conviene mejor esta calificación que la de pacto comisorio.

e) *Efectos del pacto comisorio.*

Es doctrina general que la inclusión del pacto comisorio en el contrato de garantía implicará la nulidad absoluta del pacto pero no del contrato. *Utile per inutile non vitiatur*. Lojacono piensa que si el juez estimara que la cláusula comisorio se consideró esencial o inseparable de la garantía, su nulidad acarrearía la del contrato de garantía entero, opinión que seguramente viene exigida por el art. 1.419 del Código Civil italiano (43).

Quizá pudiera concretarse algo más el tema de los efectos pasando revista a los diferentes grupos que hemos distinguido al estudiar la extensión de la prohibición.

La solución ofrecida por la doctrina es indiscutible para los casos que hemos llamado de pacto comisorio propio o en sentido estricto. Para las modalidades de pacto comisorio impropio o en funciones de garantía autónoma, la ineficacia del pacto implica la ineficacia de la garantía. Sólo subsistirá, entre partes, el contrato personal, habitualmente el préstamo. Para estos casos sí podría tener razón Lojacono: la nulidad de la garantía ¿supondría la nulidad del préstamo, pues el acreedor no hubiera querido el segundo sin la primera?. La cuestión desborda los límites de este estudio pues, en rigor, se plantea un problema de teoría general del negocio jurídico. Sin entrar en la cuestión, hay que recordar la advertencia del profesor De Castro en el sentido de que la nulidad parcial ha resultado remedio imprescindible para evitar el fraude de ley (44). La nulidad de ambos negocios no beneficiaría en absoluto al prestatario quien se vería obligado a devolver el capital prestado. En cambio, al prestamista no le perjudicaría: intentó la introducción de un pacto ilícito y al fracasar en su intento se deshace la operación en su totalidad. Claro es que estamos pensando —como suele acontecer— en el prestamista de mala fe. Quizá hubiera que acudir al propósito comercial concreto en el supuesto de buena fe.

Para el tercer grupo —modalidades de pacto comisorio oculto— también la solución debe darla la teoría general del negocio jurídico. Como no estamos ante supuestos de pacto comisorio, predicar la nulidad de éste no resuelve las cosas. Estamos ante supuestos de negocios anómalos por divergencia entre voluntad y declaración y, por

(43) *Op. cit.*, p. 42.

(44) *Op. cit.*, p. 494.

ende, su tratamiento será, en general, el que corresponde a la simulación negocial.

Finalmente, cabe indicar que la acción de nulidad dirigida para privar de efectos, cuando sea menester, a un pacto comisorio es imprescriptible, sin perjuicio —como apunta Lojacono— de que el acreedor puede adquirir por usucapión extraordinaria al faltar justo título, la cosa ofrecida en garantía y de la que se apoderó por aplicación de la cláusula prohibida (45).

(45) *Op. cit.*, p. 45.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Propiedad Horizontal. Cambio de titularidad y gastos comunes: el sujeto obligado al pago

Por ISABEL SIERRA PEREZ

INTRODUCCION

No cabe duda que la propiedad horizontal es un tema de gran importancia en la actualidad, como lo será para el futuro, ya que se ha convertido en la forma de propiedad inmobiliaria predominante en el medio urbano, no sólo en las grandes ciudades, sino que en los últimos años se ha introducido también en pequeñas poblaciones en las que antes no existía.

El auge de la propiedad horizontal hace que cada día sea mayor el número de problemas que surgen dentro de las comunidades, problemas cuya solución pasa por hacer una interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal. A pesar de los veintiséis años de vigencia de la Ley, existen muchos puntos en ella en los que ni la doctrina, ni la jurisprudencia son unánimes en su interpretación, con lo cual, la polémica existe todavía en la actualidad.

Uno de esos temas polémicos es el elegido para este trabajo: el sujeto obligado al pago de los gastos comunes cuando se ha producido un cambio en la titularidad del piso, y los gastos corresponden a un periodo anterior a la transmisión.

Este tema, además, resulta particularmente interesante ya que dentro de un derecho real, como es el de propiedad, en este caso propiedad horizontal, lo que se va a tratar en realidad es un tema de obligaciones. Esto nos hace poner en relación dos de los grandes temas de nuestro derecho positivo: Derechos reales y Derechos de crédito; y nos lleva también a tener que adentrarnos en el campo, no de derecho positivo, sino de construcción doctrinal, de las obligaciones *propter rem u ob rem*, es decir, de las obligaciones que nacen a cargo de un sujeto por el hecho de ser titular de un derecho real.

Todo esto hace que, a pesar de la aparente concisión del tema, la perspectiva para su estudio se amplíe considerablemente y nos lleve a tocar, aunque sólo en los puntos que son afines, otras figuras de nuestro derecho positivo, como son la hipoteca y el censo.

Para un mayor orden en la exposición, hemos dividido el trabajo en cuatro apartados.

El primero bajo el título de «Planteamiento del problema», trata únicamente de situar el problema en el marco de la legislación vigente, y señalar las soluciones teóricas que pueden existir, con las consecuencias que de cada una de ellas se deriva.

El segundo lo titulamos «Estado de la cuestión», se trata en él, de hacer un recorrido por la doctrina existente en nuestro país, así como por la jurisprudencia, y ver los distintos enfoques que se dan a este tema y las soluciones que se proponen. Tras cada una de ellas introducimos un pequeño comentario para situarlas dentro de alguna de las soluciones propuestas en el primer apartado.

El tercer apartado «Relación de este problema con el derecho en general y su posible solución», recoge una crítica a alguna de las posturas sostenidas por la doctrina y fundamenta la solución que creemos ha de tener este problema, no sólo bajo el enfoque de la Ley de Propiedad Horizontal, sin en el contexto de nuestro derecho positivo en general.

Después de concluido este trabajo se ha producido, con fecha de 23 de febrero de 1988 la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal. Su incidencia precisamente en el artículo 20 y el 9.5, ha venido en cierto modo a darnos la razón en cuanto a lo controvertido del tema en estudio, ya que, en cuanto al resto, la Ley ha sido escasamente modificada.

Esto nos ha llevado a introducir un cuarto apartado: «Situación tras la Ley 2/88 de 23 de febrero», para ver qué problemas han quedado resueltos con ella; posible interpretación de esta Ley y nuevos problemas que pueden surgir. Con esto pensamos que el problema quedará actualizado y nos dará también una cierta perspectiva.

El último apartado, está dedicado a las «Conclusiones», en el que haciendo una pequeña recopilación de lo expuesto, se concreta, la solución que creemos adecuada para el problema que nos ocupa.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Trata el presente trabajo, basándose en los artículos 9.5 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal y sus relaciones con el derecho en general, de la determinación del sujeto obligado al pago de los gastos, no satisfechos, producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, cuando hay un cambio en la titularidad del piso: e incluso de los gastos anteriores a este período.

El artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal establece entre las obligaciones que tiene cada propietario: «contribuir con arreglo a la cuota fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades, que no sean susceptibles de individualización.

Al pago de estos gastos producidos en el último año y a la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios, preferente a cualquier otro y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes».

El artículo 20 establece: «Las obligaciones a las que se refiere el artículo 9.5 serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la junta. Si no lo hiciere, será requerido de pago en forma fehaciente, y de no verificar éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir de forma judicial». (Redacción anterior a la Ley 2/88 de 23 de febrero).

Del primer párrafo del artículo 9.5, se desprende que por el hecho de ser propietario de un piso o local en una comunidad de propiedad horizontal, éste se convierte en sujeto pasivo de una obligación: el pago de los gastos comunes. De esta obligación, como sujeto activo, suele designarse a la comunidad de vecinos, aunque si es, como opinan la mayoría de la doctrina y afirma la Dirección General de los Registros y del Notariado (1), un ente sin personalidad jurídica, son en realidad sujetos activos el conjunto de propietarios. Es la junta de la comunidad la que según el artículo 20, fijará el tiempo y la forma en que ha de cumplirse la obligación.

Si se produce un cambio en la titularidad del piso, desde ese momento el nuevo propietario pasa a ser como tal, el sujeto de la obligación al pago de los gastos que se produzcan con posterioridad.

El problema se plantea pues, cuando en el momento de producirse la transmisión del piso, existen gastos comunes que no han sido satisfechos por su anterior propietario. La pregunta que hay que formularse en primer lugar es si el hecho de la transmisión de la propiedad, afecta o no a la obligación de pagar dichos gastos, ya que si no la afecta, la obligación continuará existiendo con las mismas características que cuando nació, mientras que si se ve afectada se producirán cambios en sus elementos, evidentemente en los sujetos, que harán variar la primitiva obligación.

Vamos a suponer en primer lugar que la obligación en estudio se modifique por el hecho de la transmisión y a analizar las variaciones que podrían producirse.

(1) Resoluciones de 27 y 30 de junio y 7 de julio de 1986.

1. Que se produzca un cambio en el sujeto pasivo de la obligación, es decir, una novación por cambio de deudor, que libera al antiguo propietario de su deuda, pasando ésta al adquirente. Si aceptamos que tal novación se produce, habremos de preguntarnos cual es su causa. ¿Es por entrañar la garantía real del segundo párrafo del artículo 9.5 una obligación personal, o por el contrario se desprende del artículo 20, cuando dice que, «las obligaciones a las que se refiere el artículo 9.5 serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local»? El que la causa se encuentre en uno u otro artículo, es de gran importancia, como analizaremos más adelante.

2. Que permaneciendo la obligación al pago del anterior propietario, el adquirente, por el hecho de la transmisión, y por causa de la afección real del artículo 9.5, adquiera también la obligación del pago de dichos gastos. En este caso la comunidad dispone de dos acciones, una contra el propietario anterior y otra contra el actual, esta última con garantía real.

Aceptando esta segunda hipótesis, es decir, la existencia de dos obligados, hemos de seguir formulándonos preguntas, ¿lo son en el mismo plano o nos encontramos ante un obligado principal y otro subsidiario? Si la respuesta afirmativa es la primera, hay que formularse una nueva pregunta, ¿responden de forma solidaria o mancomunada?

Como puede apreciarse, de que aceptemos la primera o la segunda de las hipótesis señaladas las consecuencias prácticas que se derivan son totalmente distintas, en las que además se introducirán variaciones, según las cuales sean las respuestas a las preguntas formuladas.

Si se considera que la afección real del segundo párrafo del artículo 9.5 contiene una obligación personal, al mantener dicho artículo una limitación en el tiempo para dicha afección, también se verá limitada la obligación. Por tanto al adquirente sólo estará obligado al pago de los gastos, no satisfechos por su transmitente, que correspondan a la última anualidad y a la parte vencida de la anualidad corriente, y éste seguirá obligado ante la comunidad para el pago de las anteriores.

Si, por el contrario, aceptamos que la obligación del adquirente nace en virtud del artículo 20, ya que dice que tales obligaciones serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local y, una vez realizada la transmisión, es el adquirente el que tiene dicha titularidad, tenemos que aceptar que su obligación de pagar los gastos no satisfechos por su transmitente, carece de limitación, es decir, que se extiende a todos aquellos que hayan quedado impagados. El titular anterior quedará por tanto totalmente liberado frente a la comunidad.

Pero el considerar que la obligación que nace para el adquirente lo hace en virtud del artículo 9.5 o del artículo 20, no sólo tiene transcendencia a la hora de determinar la amplitud temporal de la deuda, sino también en cuanto a la limitación o no de su responsabi-

lidad. Si la obligación personal, nace de la afección real que recae sobre el piso o local, el adquirente responde de su cumplimiento sólo con dichos bienes, aparece una responsabilidad limitada y no la general del artículo 1.911 del Código Civil. Pero si tal obligación se deriva del artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal y por tanto se extiende incluso a los gastos anteriores a la última anualidad, éstos no quedan garantizados por la afección real, no constituyen un crédito preferente frente a cualquier otro, y habrá que deducir que la responsabilidad será la general de todas las obligaciones, es decir, que responde el obligado con todo su patrimonio presente y futuro, según el artículo 1.911 del Código Civil. Parece que en el caso que nos ocupa la limitación o no de la responsabilidad no ha de tener demasiada trascendencia, ya que generalmente el valor del piso o local superará con mucho el de la deuda, aún cuando ésta se remonte más allá de la última anualidad; pero piénsese, que puede pesar sobre el piso otro derecho real de garantía, una hipoteca por ejemplo, la cual tendrá que ceder ante el pago de los gastos de la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente, pero no ante los gastos anteriores. Si el valor del piso se agota tras el cobro del crédito hipotecario y la responsabilidad del obligado es la general, los gastos comunes anteriores a la última anualidad habrán de ser satisfechos con otros bienes del obligado.

Hasta aquí hemos analizado las consecuencias que se derivan de la primera hipótesis planteada, es decir, que la transmisión de la propiedad produzca una novación en la obligación. Vamos ahora al análisis de la segunda hipótesis, la de que persistiendo la obligación del anterior propietario, el nuevo pasa también a ser deudor en la obligación.

No cabe duda de que en este caso, la garantía de cobro para la comunidad se amplía, ya que existiendo dos deudores, la comunidad dispone, en la mayoría de los casos, de dos acciones para dicho cobro.

Como ya apuntábamos en su momento, ante la existencia de dos deudores es de gran trascendencia determinar si ambos se encuentran situados en un mismo plano, o si uno es el principal y otro subsidiario.

Si encontrándose en un mismo plano responden ante la comunidad de forma solidaria, ésta podrá dirigir su acción indistintamente contra uno u otro, haciéndolo normalmente contra aquel que mayor garantía de cobro ofrezca, que posiblemente será el actual propietario, debido a la garantía real con crédito preferente que afecta al piso o local de su propiedad.

Pero si estando situados en un mismo plano, responden mancomunadamente, la acción de la comunidad debe ir dirigida a ambos para que se de el *litis consorcio* pasivo necesario.

Si por el contrario uno es deudor principal y otro subsidiario, la comunidad ha de dirigir su acción contra el principal y sólo cuando con ella fracase el cobro, podrá dirigirse contra el segundo.

Con todo lo expuesto, quedan vistas las posibles modificaciones que la obligación puede sufrir por el hecho de la transmisión del piso o local, y las consecuencias que de ella se derivan. Nos queda por tanto, para que el problema quede planteado en todas las formas posibles, el análisis del caso en que supongamos que por el hecho de la transmisión, la obligación no se ve afectada, es decir, que continúa igual que en el momento de su nacimiento.

En este supuesto, que podemos plantear a semejanza de la hipoteca, la obligación de pago de la deuda, no sufre ninguna alteración por el hecho de la transmisión de la propiedad de la cosa sobre la que recae el derecho de garantía, continuando como deudor aquel que contrajo la obligación, es decir, el que era propietario en el momento de producirse los gastos, salvo pacto en contrario entre comprador y vendedor de que aquel se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la garantía, sino también en la obligación personal para lo cual, según el artículo 118 de la Ley Hipotecaria es necesario el consentimiento del acreedor.

De no producirse dicha asunción de deuda, la comunidad de propietarios dispondrá de una acción personal contra el antiguo propietario al que podrá, por supuesto, reclamar la cuantía total de la deuda existente, aunque sean anteriores a la última anualidad y de una acción real sobre el piso, para el cobro de la última anualidad o la parte vencida de la corriente. El nuevo propietario, podrá detener esta acción sobre su propiedad, realizando el pago de la cantidad requerida, pudiendo luego repetir de quién era deudor en la obligación, en aplicación del artículo 1.158 del Código Civil o mejor, del 1.210 del Código Civil.

ESTADO DE LA CUESTION

Una vez planteado el problema, vamos ahora a realizar un estudio de las opiniones de diversos autores sobre este mismo tema, para ver los distintos puntos de vista existentes en la doctrina y las soluciones que se proponen al problema que nos ocupa. Completaremos este apartado con unas transcripciones de algunos puntos de sentencias en litigios planteados y que guardan relación con esta misma cuestión. Todas las sentencias empleadas pertenecen a Audiencias Provinciales ya que no existen pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre estos temas.

Como se verá tras la exposición, la doctrina no está de acuerdo a la hora de interpretar estos dos artículos de la Ley de Propiedad Horizontal (9 y 20), en los que específicamente se regula en nuestro ordenamiento la cuestión que tratamos, y lo mismo sucede en las sentencias estudiadas, por la cual, entre unas y otras, vamos a encontrarnos con un abanico de soluciones distintas que cubren práctica-

mente todas las posibilidades que en hipótesis hemos planteado en el apartado anterior.

Mientras que para Manet y Antón, la afección del piso o local al pago de gastos, funciona como una afección real absoluta, con el consiguiente perjuicio del titular actual, aunque no sea deudor personal, quién así lo paga, podrá repetir contra el obligado conforme el artículo 1.158 del Código Civil expresando de manera muy clara que la obligación del pago de gastos atrasados, no sufre ninguna variación por el hecho de la transmisión del piso o local.

Sigue siendo, para este autor, deudor quién contrajo la deuda y no quién en el momento de exigir su pago sea propietario, aún cuando éste tenga el perjuicio que se deriva de la afección real. Si paga lo hace, no como deudor sino, en virtud del primer párrafo del artículo 1.158, como tercero interesado o no, en el cumplimiento de la obligación, y por tanto, según el segundo párrafo de este mismo artículo, podrá repetir de quién es el verdadero deudor.

Para Pons González y del Arco Torres (2) de acuerdo con de la Cámara Alvarez se trata de una obligación *propter rem*, inherente por tanto, a la propiedad del piso y que pesa sobre el adquirente, independientemente de que quiera o no asumirla. Es más, habrá de pagar también, si el transmitente no lo hubiera hecho, los producidos durante la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente.

La primera afirmación que hacen estos autores, referente a que la obligación de pagar los gastos es inherente a la propiedad del piso y de que por tanto pesa sobre el adquirente, tanto si quiere asumirla como si no, está claro que se refiere a los gastos que se produzcan después de la transmisión y a la imposibilidad de adquirir la titularidad de piso, sin adquirir a la vez la obligación de pagar dichos gastos. Esto está claramente expresado en la Ley, cuando en el artículo 9 dice: «son obligaciones del propietario...», y por tanto todas ellas nacen a cargo de quién en ese momento sea propietario, tanto si quiere asumirlas como si no, ya que la Ley, según el artículo 1.089 del Código Civil es fuente de obligaciones.

Es en el segundo punto cuando se refieren a los gastos producidos con anterioridad a la transmisión, que son los que aquí nos interesan. Respecto de ellos dicen que habrá de pagar, pero no está claro en el texto si ha de hacerlo por ser el obligado al pago o para detener la posible acción de la comunidad contra el piso de su propiedad, debido a la afección real que pesa sobre él. Aunque en ambos casos haya de pagar, el alcance jurídico de la acción no es el mismo, ya que si paga como deudor, lo hace para liberarse de la deuda adquirida, y si lo hace a causa de la afección real que pesa sobre el piso o local de su propiedad, nos encontramos ante el pago hecho por

(2) Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal.

tercero interesado y que con arreglo al artículo 1.210 del Código Civil puede subrogarse en lugar del acreedor frente al verdadero deudor.

A pesar, como hemos dicho, de que el texto no está claro, la rotundidad de la afirmación «habrá de pagar» hace suponer que lo sitúa como obligado, y hace nacer su obligación de la afección real, ya que los gastos que ha de pagar son los correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la corriente.

Muñoz González (3) estudia el problema desde el punto de vista de la legitimación procesal, dice así: cuando se enajene un piso o local por un titular que no se halle al corriente de pago de los gastos comunitarios, se plantea cierta dificultad para la determinación del propietario que se encuentra pasivamente legitimado... Si la reclamación se contrae a los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente está afecto el piso o local cualquiera que fuera su propietario actual, por lo cual cabrá dirigir la demanda contra el nuevo titular; pero si se ha producido un reciente cambio en la titularidad del piso o local, y el propietario anterior adeudaba la parte proporcional de los gastos comunitarios devengados en años anteriores, cuyo abono no está garantizado por una afección real del piso o local, creemos que deberá ser demandado el propietario anterior... por ser la persona pasivamente legitimada... Las obligaciones contenidas en el artículo 9 tienen carácter personal y no real como se desprende de la dicción legal (serán obligaciones de cada propietario contribuir a los gastos generales).

Nos interesa destacar de este autor, la consideración que hace de que las obligaciones contenidas en el artículo 9, tienen carácter personal y no real, como algunos autores comentados y otros que comentaremos después, afirman. Con ello nos hace ver que de tales obligaciones sigue siendo deudor quién contrajo la obligación, aún cuando debido a la afección real que pesa sobre el poso, cabrá dirigir demanda contra el actual titular si se trata de reclamar gastos producidos en la última anualidad y la parte vencida de la corriente.

Radicalmente distinta a esta postura es la mantenida por Juan Sapena (4) que comentando el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal dice: Estamos ante una obligación *ob rem* que se traduce no sólo en un deber del titular de la cosa de la cual surge, sino también de una especial sujeción al pago. No se trata de un gravamen de naturaleza real, de un derecho real de garantía, siquiera por imposición legal, como una especie de hipoteca tácita. Lo impide el espíritu de la regulación de nuestro ordenamiento inmobiliario, enemigo y recusador de cargas ocultas e imprecisas...

(3) La Propiedad Horizontal, Montecorvo, 1979, p. 174.

(4) Los órganos de la Propiedad Horizontal, forma y eficacia de sus relaciones. «RCDI», marzo-abril, 1978, p.310.

Como se ve este autor niega la existencia de un gravamen de naturaleza real y hace derivar la especial sujeción al pago de los gastos comunes, de la obligación *ob rem*; extremo que hasta el momento no habíamos encontrado en ninguno de los autores comentados, aunque también nos hablen de obligaciones *ob rem* o *propter rem*.

Quien más ampliamente ha comentado estos artículos de la Ley de Propiedad Horizontal es Fernández Martín Granizo (5); respecto del artículo 9.5 dice: Nos hallamos por tanto aquí, ante una titularidad de las llamadas *ob rem*, que se ostenta y se sufre por razón de la cosa, toda vez que quién responde directa e inmediatamente de los gastos generales es el piso o local y sólo a través de él, su propietario. Resulta pues indiferente quién pueda ser el sujeto que haya contraído la deuda por esos gastos generales, toda vez que de su pago responde cualquiera que fuera su propietario actual y título de adquisición... ..en cuanto al sujeto pasivo o deudor, lo es en principio el propietario moroso. Mas por tratarse de una obligación *ob rem*, si el piso o local pasase a otro... este nuevo titular viene afecto por razón de esa titularidad deudora subjetivamente real a satisfacer el gasto demorado...

En este texto no hace el autor ninguna distinción entre los gastos de la última anualidad y la corriente y los gastos anteriores a éstos. Parece que debido a la llamada titularidad deudora subjetivamente real que ostenta el propietario actual, es él quién responde de los gastos, siendo indiferente que sea él u otro quién haya contraído la deuda.

Parece que mantiene claramente la tesis de la novación ya que nos dice que el deudor, en un principio es el propietario al que llama moroso, pero debido a que nos encontramos ante una obligación *propter rem*, es el propietario actual el que ostenta la titularidad deudora y por tanto quién ha de pagar. Esta novación además, por derivarse no de la afección real que pesa sobre el piso sino de la titularidad *ob rem*, parece que debería afectar a todos los gastos impagados sin limitación alguna en el tiempo. En cambio este mismo autor cuando más adelante comenta el artículo 20 de esta Ley, al hacer el estudio de la legitimación pasiva hace toda clase de distinciones según el tiempo en que se hayan producido los gastos. Dice así:

1. Que el deudor sea el propietario actual. En tal caso la legitimación corresponde al mismo evidentemente.

2. Que tratándose de gastos correspondientes al último año y la parte vencida de la anualidad corriente, hayan sido causados siendo dueño del piso un titular anterior. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.5, que afecta el piso o local al pago de estos gastos,

(5) Coment. del Código Civil y Ley de Propiedad Hipotecaria. Tomo V, vol. 11, página 226.

estimamos que la legitimación pasiva corresponde al titular actual, sin perjuicio de que éste pueda dirigirse posteriormente contra el verdadero deudor, para resarcirse de las cantidades abonadas y en su caso de los perjuicios.

3. Que se trata de gastos no producidos en el último año ni correspondientes a la parte vencida de la anualidad corriente. Cuando el deudor fuera el propietario actual no se plantea problema alguno... El problema se plantea cuando el causante de dichos gastos fue un propietario anterior, ya que no entrando en esos casos en juego el artículo 9,5 por no tratarse de gastos correspondientes al último año ni a la parte vencida de la anualidad corriente, sólo podemos acudir al artículo que estamos comentando y dentro de él precisar el alcance de la frase serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso.

Continúa diciendo: Así centrada la cuestión, lo primero que hemos de indicar, es que en estos supuestos no existe, en nuestra opinión, afección real sobre el piso o local. Se trata por tanto, de una obligación pura y exclusivamente personal, lo que a su vez nos lleva a inquirir a qué titularidad habrá querido referirse el legislador, si a la actual, a la causante del gasto o a ambas.

A primera vista y tratándose de una obligación sin proyección real, entra en el ámbito de la lógica jurídica pensar que por aplicación de las normas civilísticas el único obligado sea el titular deudor, fuera o no el actual propietario.

A ello puede oponerse que, como se ha indicado en diversas ocasiones, las obligaciones contenidas en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal son subjetivamente reales, lo cual supone que a los efectos deudores y en el círculo de las relaciones propietario-comunidad, la titularidad y en su caso, legitimación, venga determinada no a través del marco propietario-persona, sino del piso (o local)-propietario.

Por otra parte, en el supuesto de que se trate de gastos correspondientes al último año y a la parte vencida de la anualidad corriente, la naturaleza *ob rem* de estas obligaciones se acentúa como consecuencia de la afección del piso o local al abono de dichos débitos.

No puede, sin embargo, olvidarse que en el supuesto aquí contemplado no se trata del impago de gastos correspondientes a la última anualidad, sino al correspondiente a épocas anteriores y adeudadas por un propietario que no es el actual.

Es por eso para nosotros evidente que en tales casos no puede entrar en juego la afección real establecida en el artículo 9.5 II, por cuanto dada su redacción ello implicaría una interpretación extensiva en contra del titular actual del piso o local.

Por otra parte, el «sin perjuicio de las responsabilidades procedentes» con que termina el párrafo de la referida obligación autoriza a considerar que para estos supuestos pueda la comunidad acudir al ejercicio de las oportunas acciones contra el propietario deudor.

En consecuencia estimamos que el único legitimado pasivamente será el titular del piso o local que no hubiere satisfecho los gastos correspondientes (6).

Aunque haya resultado un poco largo hemos querido realizar la transición íntegra del razonamiento de este autor y sus conclusiones ya que, debido a los cambios de postura que a lo largo de él se producen, la fragmentación haría muy difícil su comprensión, y desde luego el comentario.

A pesar de que en el estudio del artículo 9.5 no habla para nada de la afección que pesa sobre el piso o local para el pago de los gastos correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente, y parece que hace derivar de la titularidad *ob rem* ostentada por el propietario actual la obligación al pago de todos los gastos que no hayan sido satisfechos a la comunidad, al comentar el artículo 20 introduce desde el principio la distinción entre unos y otros gastos. Evidentemente si no ha habido cambio en la titularidad del piso, no hay problema en la designación del sujeto pasivo de la deuda. Cuando el cambio de titularidad se produce, y se trata de gastos correspondientes al último año y la parte vencida de la anualidad corriente, nos dice que en principio la legitimación pasiva corresponde al titular actual debido a la afección real que pesa sobre el piso, aún cuando éste puede repetir el verdadero deudor. ¿Es que el titular actual no es verdadero deudor a pesar de la titularidad deudora subjetivamente real que ostenta por ser el propietario de la cosa? Del comentario del artículo 9.5 parecía desprenderse que sí lo era, y precisamente por tratarse de una obligación *ob rem*.

Pero más adelante nos dice que para el pago de estos gastos correspondientes al último año y la parte vencida de la anualidad corriente, la naturaleza *ob rem* de estas obligaciones se acentúa como consecuencia de la afección real. Si se acentúa es que aún sin tal afección real existía, ya que algo que no existe no puede acentuarse. Pero lo que no entendemos, porque no lo explica, es en que consiste esa acentuación y qué consecuencias tiene.

De todo su razonamiento parece que debería deducirse que el sujeto pasivo de la obligación de pagar estos gastos es el propietario actual, pero desde luego no nos queda claro si es debido a la titularidad *ob rem* que ostenta, a la afección real que pesa sobre el piso o, como nos dice al final, a la una acentuada por la otra.

Creíamos que al pasar al estudio correspondiente al pago de los gastos anteriores a la última anualidad, al diferenciarlos de los anteriores, podría aclararnos estas cuestiones, pero no es así.

Comienza diciendo que por no existir para el pago de estos gastos una afección real nos encontramos ante una obligación pura y exclu-

(6) El destacado es nuestro.

sivamente personal, para poco después afirmar que las obligaciones del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal son subjetivamente reales.

Siguiendo este razonamiento parece que va a llegar a la conclusión de que incluso estos gastos, anteriores a la última anualidad, han de ser satisfechos por el propietario actual, pero vuelve a introducir la afección real del artículo 9.5 II, y dice que el único legitimado pasivamente es el titular que no satisfizo los gastos ya que de otra forma resultaría una interpretación extensiva que iría en perjuicio del titular actual.

No nos queda por tanto claro, en la interpretación que este autor hace de los artículos 9.5 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal qué significado y alcance tiene el ostentar la titularidad deudora subjetivamente real y en qué modo la afección real que pesa sobre el piso puede modificar aquélla.

Tampoco la mayoría de los autores que anteriormente hemos comentado y que nos hablan de obligaciones *ob rem* o *propter rem*, nos manifiestan con claridad las consecuencias que se derivan de este tipo de obligaciones, que como ya manifestamos antes no se encuentran recogidas como tales en nuestro derecho positivo, sino que se trata de una construcción doctrinal. Más adelante haremos un pequeño estudio de estas obligaciones, ya que tanto los autores, que ya hemos visto, como las sentencias que a continuación vamos a tratar, se basan en esta categoría doctrinal a la hora de interpretar y aplicar los artículos que nos ocupan.

Las sentencias que hemos encontrado son también muy dispares en sus conclusiones, reflejando fielmente la polémica doctrinal de entre ellas las que ponen de manifiesto esta disparidad de interpretaciones de los artículos mencionados.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 1976 en la que fue ponente el señor López Quintana dice: «La afección directa del piso, cualquiera que sea su propietario actual, para el pago de todos sus gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, es una garantía que entraña una obligación personal».

Más adelante dice: «Se trata de una garantía real, una titularidad de las llamadas *ob rem* que se ostenta y sufre por razón de la cosa. La que padece la carga, por ser real, es la cosa misma, a diferencia de los gastos generales que no sean del último año y de la parte vencida de la anualidad corriente, que entraña una obligación personal, sin que para la efectividad de tal obligación esté especialmente afectado el piso».

De la primera parte de la sentencia se deduce que existe una obligación personal, por parte del titular del piso, para el pago de los gastos correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la corriente, y que esta obligación personal se deriva de la afección

real que pesa sobre el piso. Pero en el segundo párrafo transcrito equipara los términos garantía real y titularidad *ob rem*; con lo cual ya no queda claro si la obligación personal de la que nos habla nace de una u otra. Diferencia luego estos gastos de los producidos con anterioridad a la última anualidad, de los que nos dice que su pago entraña una obligación personal sin garantía real sobre el piso, pero no nos dice a quien corresponde esta obligación personal, si el propietario que lo era cuando se produjeron los gastos o el actual. No obstante, por la expresión «a diferencia de» parece que ésta última corresponde al titular anterior.

Por tanto considera el señor López Quintana, que el hecho de la transmisión de la propiedad del piso, produce una novación, por cambio de deudor, en la obligación de pagar los gastos comunes atrasados, al menos en los correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente. Sin que quede claro si tal novación se produce por efecto de la garantía real o por la titularidad *ob rem*, términos que utiliza como sinónimos, y por tanto tampoco nos queda claro si sólo afecta a los gastos de la última anualidad o también a los anteriores.

Bastante más clara es la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5 de noviembre de 1976, en la que fue ponente el señor Vecina Martín, la cual dice: «Si bien es cierto que a tenor del artículo 9,5 de la Ley de Propiedad Horizontal, el piso estará afectado al pago de gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente y por ende, la comunidad dispone de una acción contra el titular actual del piso, con garantía real, ello no impide, que pueda reclamarse del titular anterior la obligación personal que la incumbe de satisfacer tales gastos como devengados durante el tiempo que fue propietario, distinguiéndose unas y otras acciones solamente en cuanto a la garantía concedida a la parte acreedora».

Aparecen aquí dos acciones a favor de la comunidad, la cual tendrá facultad para elegir entre una u otra según la interese, pero sólo habla de un obligado personal, aquel que era propietario en el momento de producirse los gastos por tanto para el señor Vecina Martín, la transmisión de la propiedad no modifica en nada la obligación del pago de gastos comunes no satisfechos por el transmitente. Estas dos mismas acciones personal y real, se encuentran recogidas en el artículo 1.623 del Código Civil refiriéndose a los censos y podría aplicarse al presente caso por semejanza, tesis que trataremos de desarrollar más adelante.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de enero de 1981, en la que fue ponente el señor Alonso Embid, se considera que existen dos obligados al pago, dice así: «Atribuida la obligación del pago de gastos comunes o generales a los copropietarios de los distintos pisos o locales integrantes de la comunidad en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, este mismo precepto afecta

al cumplimiento de dicha obligación al piso cualquiera que sea su propietario actual, siendo así que estableciéndose una obligación subjetivamente real legitimadora del obligado al pago a través de la titularidad del piso o local integrante de la comunidad, puede decirse que nos hallamos en presencia de una obligación que puede tener dos responsables u obligados a su cumplimiento: uno el comunero moroso y otro el titular dominical del local, aquél con carácter preferente y éste con carácter subsidiario».

Ambas sentencias, la de Burgos y la de Sevilla, consideran que la comunidad dispone de dos acciones para el cobro de los gastos producidos en el último año y la parte vencida del corriente, la primera habla sólo de un obligado, el titular anterior, con lo cual parece que sitúa al titular actual no como obligado sino como responsable, y esto debido a la garantía real que pesa sobre su propiedad. Mientras que la segunda dice expresamente que la obligación puede tener dos responsables u obligados a su cumplimiento, haciendo derivar la obligación del actual propietario de la afección real. Esto supone que el hecho de la transmisión produce una modificación en la obligación de pagar los gastos pendientes que pasa de tener como único obligado a quien era titular en el momento de producirse los gastos, a tener dos obligados, el anterior y el actual titular. Lo que no explica esta sentencia es por qué llama a uno de los deudores moroso y al otro no, ya que si es una sola obligación con dos obligados y uno está en mora, también lo estará el otro. ¿O es que uno ha sido colocado en mora y el otro no! Esta cuestión tiene su importancia ya que el deudor moroso queda sujeto al pago de intereses por mora conforme a los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil y si uno de los deudores no es moroso la comunidad no podrá exigirle el pago de los citados intereses.

Otra importante diferencia, es que mientras en la primera sentencia se da opción a la comunidad para elegir contra quien dirige su acción, la segunda le obliga a dirigirla en primer lugar contra el propietario que lo era en el momento de producirse los gastos, al que llama moroso, y sólo en el caso de insolvencia o imposibilidad de cobro, podría dirigir su acción contra el actual propietario que responde sólo de forma subsidiaria.

Otras sentencias estudiadas dan soluciones semejantes a algunas de las ya vistas y con razonamientos parecidos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de febrero de 1979 dice: «Respecto a la responsabilidad, establece una afección por razón de la titularidad del piso o local ...en el tiempo y forma determinados por la Junta, artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal. Normativa que en el aspecto que ahora interesa traslada la fundamentación decisoria a un campo genérico cual es el de las obligaciones *propter rem* caracterizadas por las notas siguientes en la más reciente y válida dirección doctrinal patria:

1. Accesoriedad o precisión de absoluta conexión a una titularidad jurídico real.
2. Especial designación del sujeto pasivo en cuanto éste viene determinado por la titularidad básica (la del piso o local susceptible de aprovechamiento independiente).
3. La posibilidad de renuncia o abandono liberatorios.
4. Transmisibilidad de la obligación por transmisión del derecho real conexo y principal.

Connotaciones que aparecen claramente insertas en la esfera propia de este tipo de titularidades *ob rem*, si bien en una correcta limitación temporal, en el expresado artículo 9,5 cuando en su parte segunda expresa que «al pago de estos gastos estará afecto el piso o local».

Más adelante vamos a tratar el estudio de las características que la doctrina atribuye a las obligaciones *propter rem*, por lo que omitimos ahora el comentario a esta sentencia que no hace sino reproducir una de las tendencias doctrinales.

Otra sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 26 de octubre de 1976 dice: «El art. 9.5 II, de la Ley de Propiedad Horizontal, afecta realmente al piso o local al pago de los gastos del último año y la parte vencida de la anualidad corriente cualquiera que sea su propietario actual, otorgando a dicho crédito el carácter de preferente en favor de la comunidad, sin perjuicio de las responsabilidades restantes de orden personal del titular, con lo que se crea una verdadera titularidad *ob rem*, o más bien una afección subjetivamente real de la vivienda o local».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 1985 de la que fue ponente el señor Villagómez Rodil, afirma: «De conformidad con el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, para el pago de los gastos comunes producidos en el último año en el régimen de la propiedad horizontal, queda afectado el piso o local correspondiente, cualquiera que sea el propietario actual y título de adquisición, por lo que al tratarse de una titularidad *ob rem* ostentada por razón de la cosa, con todos sus beneficios y cargas, evidentemente el obligado el abono de dichos devengos, es el dueño actual que ostenta la llamada doctrinalmente titularidad deudora subjetivamente real».

De esta sentencia parece deducirse, que se ha producido una novación, ya que sólo habla de un obligado y éste es precisamente el propietario actual, el cual responde de los gastos a los que se refiere el artículo 9,5. Pero no aclara si por la afección real que pesa sobre el piso, o por la titularidad *ob rem* ostentada, pues ambos términos se confunden al igual que vimos en otra sentencia anterior.

Pero más adelante y en esta misma sentencia, se dice: «Los gastos comunes del inmueble no satisfechos y anteriores a la última anual-

dad, deben ser pagados por el titular actual del piso o local, porque si bien para tales adeudos no se da normativamente la afección real que contempla el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la tesis sostenida tiene su apoyo legal en el artículo 20 de la misma Ley, en cuanto establece que las obligaciones del pago de los gastos comunes del inmueble serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local y en el tiempo y forma determinados por la junta de propietarios, la que acordó la reclamación al propietario actual de lo adeudado a la comunidad sin limitación alguna».

Como puede verse, este último párrafo, da un giro total en el razonamiento, ya que no hace depender la obligación del actual propietario de satisfacer los gastos comunes, de la garantía real, sino directamente del artículo 20, al que da una interpretación muy particular, pues parece que la obligación no nace sólo por el hecho de ser propietario, sino porque la junta decidió que fuese a él a quien se le reclamasen los gastos no satisfechos a la comunidad «sin limitación alguna».

Esta interpretación del artículo 20 sobrepasa con mucho todas las anteriores, pues no sólo considera al titular actual deudor de la última anualidad, sino de todos los gastos que no hayan sido satisfechos por el anterior propietario; asignando además a la junta unas facultades, que no se recogen por supuesto en la Ley, y que creemos que de ninguna forma puede tener, como es la de designar por sí sola quien es el obligado al pago de la deuda. Evidentemente la Ley le confiere la facultad de fijar el tiempo y la forma en que la obligación ha de ser cumplida, es decir, si ha de ser mensual, trimestralmente, etcétera, y si será en una cuenta bancaria, en un determinado lugar, etcétera, pero de ninguna manera puede la junta designar a la persona del deudor que es una facultad que sobrepasa con mucho los límites de sus atribuciones.

Creemos que con las sentencias de Audiencias Provinciales que hemos reproducido y comentado, se pone de manifiesto nuestra intención de mostrar la disparidad que existe a la hora de interpretar el contenido de los artículos 9,5 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal y la repercusión que esto tiene sobre la designación de quien es el sujeto obligado al pago de los gastos, no satisfechos por el anterior propietario, cuando se ha producido un cambio en la titularidad del piso o local.

Vamos ahora, para terminar con la exposición que hemos llamado «Estado de la cuestión» a recoger y comentar unas recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que abordan en sus considerandos cuestiones relacionadas con el problema que nos ocupa.

Nos referimos a las resoluciones de fechas 27 y 30 de junio y 7 de julio de 1986. En las tres se introduce un considerando que refiriéndose a gastos comunes, en este caso derivados de una senten-

cia de condena contra la comunidad, dice: ...esta obligación de contribuir es una obligación *propter rem*, es decir, incumbe a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación de contribuir vence según el acuerdo de la junta determinando el tiempo y la forma de su cumplimiento, si bien al pago de los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, aunque pase a pertenecer a otra persona de acuerdo con el artículo 9.5 de la misma Ley y, en todo caso, siempre quedan a salvo las repercusiones que por razón del pago puedan proceder entre antiguo y nuevo dueño según el título de transmisión».

Como vemos estas resoluciones son muy claras al tratar el tema de la obligación del pago de los gastos comunes. Dice que, tal obligación incumbe a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación de contribuir vence, es decir, que tratándose de gastos atrasados no satisfechos por quien era titular cuando tales gastos se produjeron, la obligación de su pago sigue teniendo como sujeto pasivo o deudor al propietario que lo era en el momento en que venció la obligación; sin que el hecho de la transmisión produzca a la obligación novación ni modificación alguna.

Como últimas aportaciones, ya en el momento actual en que realizamos la corrección y adaptación de este trabajo, es interesante mencionar que la DGRN sigue manteniendo el mismo criterio que se contiene en las resoluciones arriba comentadas, como se desprende de la de 18 de mayo de 1987 en la que textualmente dice: «Si en el momento de interponerse la demanda, el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal».

De igual forma se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 19 de enero del mismo año, cuando dice: «Cuando el art. 20 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que la obligación de contribuir será cumplida por el que tenga la titularidad del piso o local... se refiere al que tenga la titularidad en el momento en que la obligación nace».

Con este comentario damos por terminado el estudio del panorama actual para pasar al estudio de los artículos 9.5 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal con el Derecho en general, para llegar a la solución que creemos óptima para este problema.

RELACIONES DE ESTE PROBLEMA CON EL DERECHO EN GENERAL Y SU POSIBLE SOLUCION

La mayoría de las sentencias así como parte de la doctrina, consideran que el propietario actual está obligado al pago de los gastos generales producidos con anterioridad a la fecha de su adquisición, cuando éstos no fueron satisfechos por su anterior propietario y, aún cuando unos limitan esta obligación al último año y la parte vencida del corriente y otros la extienden también a las anteriores, unos y otros la hacen derivar de la titularidad *ob rem o propter rem* que ostenta. Otros en cambio, aún cuando afirman que se trata de una obligación *propter rem*, no hacen derivar de ella que el actual propietario sea el sujeto pasivo de la obligación de satisfacer estos gastos impagados por el anterior titular, sino que consideran que la obligación, una vez nacida, no sufre modificación alguna por el hecho de una posterior transmisión de la propiedad. Esto nos hace ver que no para todos los autores tiene el mismo significado el incluir a una obligación dentro de la categoría de las obligaciones *propter rem*, ya que no derivan de ello idénticas consecuencias.

Se impone pues, antes de continuar el presente trabajo, hacer un pequeño estudio de lo que algunos autores han dado en llamar obligaciones *propter rem u ob rem*, su concepto y características, y la posibilidad o no de considerar que la obligación que nos ocupa, entre dentro de esta categoría de obligaciones.

Las obligaciones *propter rem* no se encuentran como tales recogidas en nuestro derecho positivo. Son pues una construcción doctrinal, que será válida como tal siempre que no pretenda su aplicación a figuras distintas de aquellas que se introdujeron a la hora de realizar la abstracción, pues no se puede pasar de lo particular a lo general para luego en el proceso inverso aplicar esas notas generales obtenidas a casos particulares que en un principio no se tuvieron en cuenta. Sólo con esta condición estaremos dispuestos a aplicar las obligaciones *propter rem* al caso particular que nos ocupa.

Lo primero que sorprende, tras el estudio de estas obligaciones, es que no existe un concepto unificado dentro de la doctrina.

Mientras que para algunos, como Branca, son hipótesis a caballo entre las verdaderas y propias obligaciones y los auténticos derechos reales, participando de la vida de las relaciones obligatorias, pero que por su conexión con los derechos reales viven en la órbita de estos mismos. Para otros como F. Hernández Gil, son obligaciones o relaciones obligatorias, que presentan, sin embargo, unas especiales peculiaridades o características propias.

Este último autor tras un estudio sobre el tema de las obligaciones *propter rem* las define como: «Aquellas relaciones jurídico obligatorias, cuyo sujeto pasivo es cualquier persona que se encuentre en una cierta posición jurídica respecto de una cosa, y las cuales se transmi-

ten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa (7).

De entre las características que este autor enumera para estas obligaciones vamos a extraer aquellas que tienen conexión con el caso en estudio, es decir, con la transmisión de la titularidad real y la transmisión de la obligación.

1. Accesoriedad: Las obligaciones *propter rem* son accesorias en el sentido de estar conectadas a una determinada titularidad jurídico-real. La extinción del derecho real determina la extinción de las obligaciones a él conexas y la transmisión las transmite al nuevo titular.

2. Especial designación del sujeto pasivo: El sujeto pasivo de las obligaciones *propter rem* se determina a través de la titularidad del derecho real. Frecuentemente el sujeto pasivo se determina también en función de una titularidad real, pero ello no es necesario.

3. La renuncia y el abandono liberatorio: El sujeto pasivo tiene la facultad de liberarse de realizar la prestación debida mediante la renuncia o el abandono del derecho real. Esto no significa que la responsabilidad del deudor se limite a la cosa. La responsabilidad es la patrimonial general. El deudor puede liberarse siempre que ejercite este derecho antes de producirse el incumplimiento de la obligación.

4. Transmisión: La obligación se transmite por la transmisión del derecho real.

Por su parte Díez Picazo (8), tras hacer un estudio doctrinal sobre las obligaciones *propter rem*, señala la existencia de varias líneas en el modo de concebir estas obligaciones. Una primera línea para la cual la obligación *propter rem* es una figura híbrida entre derechos reales y derechos de crédito.

Una segunda posición que mantiene que las obligaciones *propter rem* son siempre relaciones obligatorias. Dentro de esta línea unos sostienen que su principal característica estriba en la forma indirecta de determinación del deudor, que se hace por referencia a la propiedad de una cosa o a la titularidad de un derecho real, sin que sea esencial quien resulte el acreedor. La obligación *propter rem* en su contenido general y en su disciplina no difiere por ello de cualquier otra. Es cierto que inicialmente aparece ligada con la propiedad o con un derecho real, de suerte que nace a cargo de una persona inicialmente indeterminada, pero que se determina después por el hecho de ser titular de la propiedad de una cosa o derecho real. El vínculo obligatorio grava al sujeto que tenga la propiedad de la cosa en el momento que se concrete la prestación. Una vez concretada la prestación la obligación pasa a ser una obligación normal.

(7) Revista de Derecho privado, 1962, p. 850.

(8) Fundamentos de Derecho civil patrimonial, p. 51.

Aparece una tercera posición de acuerdo con la cual en las obligaciones *ob rem*, no sólo el deudor, sino también el acreedor se encuentran determinados por la referencia a un derecho real. La obligación se transmite siempre al adquirente y el abandono del derecho libera al deudor.

Pero, según continúa diciendo Díez Picazo, es muy probable que se estén confundiendo figuras y supuestos que presentan diferentes características, de manera que habría que tratar de separar unas de otras.

Parecen coexistir las siguientes hipótesis:

1. Obligaciones cuya característica consiste en que el deudor queda determinado por referencia a la titularidad del dominio o un derecho real, sin que importe quien resulte ser la persona del acreedor y, al lado de ellas hay otras relaciones obligatorias en que tanto el deudor como el acreedor lo son en función de una previa titularidad jurídico-real.

2. Hay obligaciones contempladas en la Ley en función de las antes dichas titularidades, como obligaciones genéricas o abstractas pero que una vez nacidas y concretadas pasan a ser obligaciones enteramente normales, que siguen el régimen general. Pero por el contrario hay otras obligaciones que además de tener esa característica general poseen alguna peculiaridad en su disciplina y desenvolvimiento, como es en especial el que se transmitan siempre al adquirente del derecho real de manera que este viene obligado a la ejecución de la prestación y a la reparación de los perjuicios que la inejecución le pueda acarrear, lo cual plantea todavía el problema de si el titular del derecho de crédito en el momento en que la obligación nació queda obligado no obstante a la cesión del crédito o si se libera en virtud de ella.

3. Por último, hay obligaciones en que el abandono del derecho con el cual estaba ligada la condición del deudor, libera a este último.

De este estudio de Díez Picazo podemos sacar la conclusión de que existen en nuestro derecho obligaciones que pueden tener alguna de estas peculiaridades, pero que no se debe generalizar, etiquetando todas ellas bajo el mismo nombre, obligaciones *propter rem u ob rem*, y porque posean algunas de ellas aplicarles todas las demás.

Es necesario por tanto analizar cada una de estas obligaciones en concreto, estudiar las peculiaridades que presentan según su estructuración en la Ley que las contiene y tenerlas en cuenta en su desarrollo y aplicación, pero contando que en lo demás su comportamiento es análogo al de las demás obligaciones.

La transmisión de obligaciones al adquirente del derecho real, sin específica asunción de deuda, no produce de forma general en nuestro derecho la plena liberación del cedente, que sólo es admisible en aquellas hipótesis en que la Ley lo recoja de manera especial.

No nos parece por tanto válido hacer el siguiente razonamiento:

A) En las obligaciones *ob rem* la transmisión del derecho real produce la transmisión de la obligación, incluso las ya vencidas y exigibles que no fueron satisfechas por el anterior titular.

B) La obligación de pago de los gastos comunes producidos en la comunidad de propiedad horizontal es una obligación *ob rem*.

C) Por tanto el actual titular viene obligado a satisfacer dichos gastos.

No lo es porque:

1. Falla la premisa mayor (A), ya que en las llamadas doctrinalmente obligaciones *propter rem*, no existe unanimidad en su configuración y desde luego no todos los autores admiten que en ellas se produzca la transmisión de la obligación en la forma indicada. Así Branca dice: «La contraparte se libera para el futuro si renuncia a su derecho». F. Hernández Gil opina: «El deudor puede liberarse siempre que se ejercite este derecho (renuncia) antes de producirse el incumplimiento de la obligación».

Si ni siquiera el abandono, según estos autores libera al obligado de las obligaciones incumplidas, ¿por qué ha de liberarle la transmisión?

2. No puede aceptarse la premisa menor (B), ya que no se puede encuadrar una obligación entre las obligaciones *propter rem* así consideradas, sólo por el hecho de que vaya unida a la titularidad de un derecho real, sin tener en cuenta las demás características con que aparecen en la legislación correspondiente.

Prescindiendo por tanto de etiquetas que nos califiquen a estas obligaciones de una u otra forma, creemos que lo más indicado es descender al estudio concreto de los artículos que las contienen, teniendo siempre presente como perspectiva el derecho positivo español en general y en particular el derecho de obligaciones y las figuras afines a esta que nos ocupa.

El artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal establece unas obligaciones en las que el sujeto pasivo ha de determinarse con relación a la titularidad de un determinado derecho real, el de propiedad. Enumera por tanto una serie de obligaciones que han de ser cumplidas por los propietarios de los distintos pisos y locales, por el hecho de serlo. Todas ellas son de las que la doctrina denomina duraderas, es decir, que no se agotan en un solo acto o en varios aislados, sino que exigen del deudor una conducta permanente ya sea de dar, hacer, o tolerar. La mayoría son de las llamadas de tracto continuo, pero precisamente esta que nos ocupa, se constituye habitualmente como una obligación periódica, y como tal es necesario concretar el tiempo y la forma en que ha de cumplirse cada prestación. De ahí la necesidad de introducir el artículo 20 en la Ley, que faculta y ordena a la junta que sea ella la encargada de concretar la prestación, determi-

nando el tiempo y la forma en que ha de ser cumplida la cuantía de la deuda habrá sido fijada también por la propia junta al aprobar el plan de ingresos y gastos (art. 13 LPH).

Una vez concretada la prestación, llegado el plazo de su cumplimiento, la deuda es líquida, vencida y exigible, y el deudor habrá de cumplirla, «si no lo hiciere (2.º párrafo del art. 20) será requerido de forma fehaciente y de no verificar éste en el plazo de quince días, se la podrá exigir de forma judicial».

Este segundo párrafo del artículo 20 no hace sino establecer unos requisitos previos para que el presidente, como representante de la comunidad, pueda reclamar el cumplimiento de la obligación de forma judicial. Estos requisitos son: el requerimiento en forma fehaciente, ante Notario o mediante acta de conciliación, y el transcurso de quince días desde la fecha de requerimiento. (La redacción de este segundo párrafo del art. 20 ha cambiado con la entrada en vigor de la Ley 2/88 de 23 de febrero, desapareciendo la necesidad de requerimiento previo para la reclamación judicial, pero este cambio no afecta en nada al razonamiento que ahora nos ocupa.)

Pero para el desarrollo del presente trabajo, lo que más nos interesa es la determinación de quién es el deudor de esta obligación. A él naturalmente, también se refiere el artículo 20 cuando dice que «las obligaciones a las que se refiere el art. 9.5 serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local». Lo cual excluye a los ocupantes por cualquier otra causa.

Esta expresión del artículo 20 es la que plantea la duda, a la que la doctrina ha dado distintas respuestas, en el caso de que se haya producido una transmisión del piso, por lo cual nos encontramos con la existencia de dos titulares sucesivos.

¿Cuál de estos titulares es el deudor, el que lo era en el momento de concretarse la prestación o quien lo es en el momento en que la comunidad decide exigirlo de forma judicial?

Creemos que según el razonamiento seguido en el estudio de este artículo la respuesta es clara. El primer párrafo está destinado a concretar las prestaciones de esta obligación; la propia Ley determina quien es el deudor, «el que tenga la titularidad del piso o local», dejando el tiempo y la forma para ser determinados por la junta. Pero en el momento en que todos los elementos se concretan la obligación nace para todos los copropietarios.

Si uno de ellos incumple, y antes de que la comunidad decida exigirle el pago de forma judicial, transmite la titularidad del piso o local a un tercero, el considerar a éste como sujeto pasivo de la obligación, incumplida por quien fue su antecesor en la titularidad, supone una novación de la obligación por cambio de sujeto (art. 1.203,2 C.C.), puesto que ésta ya había nacido con un deudor distinto.

Basándose en los artículos 1.205 y 1.206 del Código Civil la doctrina distingue dos tipos de novación por cambio de deudor: expromi-

sión y delegación. La primera consiste en el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, y la segunda en un acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo con el consentimiento del acreedor. De ninguna forma puede considerarse que una novación se produzca por la voluntad única del acreedor; ni tampoco por acuerdo de éste con el antiguo deudor, ya que en todo caso es necesario contar con el nuevo, ya que es él quien ha de cumplir la obligación.

Si la comunidad decide exigir por vía judicial, o por la vía que estime oportuno, las obligaciones incumplidas, deberá hacerlo de quien era, y por tanto sigue siendo, sujeto pasivo de tales obligaciones, sin más requisitos que cumplir los trámites que en cada momento marque la Ley.

Visto por tanto que del artículo 20 no puede hacerse derivar un cambio de deudor en la obligación de pagar los gastos comunes, por el solo hecho de la transmisión de la propiedad, tenemos que pasar a analizar si tal cambio puede derivarse de la afección real que pesa sobre el piso, para los gastos de la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente y que contiene el párrafo 2.º de la obligación 5.ª del artículo 9.

Como ya hemos expresado antes, las únicas novaciones por cambio de deudor que aparecen en el Código Civil no se ajustan en sus condiciones al caso que nos ocupa. Si aparecen en cambio otras figuras afines a esta en las que del cumplimiento de una determinada obligación responde una determinada cosa, y, estando más ampliamente reguladas, pueden arrojar luz a este problema.

Podemos referirnos en primer lugar a la hipoteca, sin tratar, por supuesto, de entrar en la discusión doctrinal existente de si la afección real en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal es una hipoteca legal, hipoteca tácita, hipoteca especial, o si no puede dársele el nombre de hipoteca.

Lo que sí es cierto es que dicha afección real garantiza el cumplimiento de una obligación, reforzando la posición del acreedor, que tiene mayores posibilidades de satisfacer sus intereses que si tal garantía no existiera. La protección del acreedor es pues la razón por la que se crea la afección real. Idéntica razón es la que lleva a la constitución de una hipoteca para garantizar el cumplimiento de una obligación; por tanto, es lícito aplicar por semejanza la regulación de ésta, en aquellas cuestiones que no estando especialmente tratadas en la Ley le sean afines.

En la Ley Hipotecaria se encuentra regulada de forma expresa la figura del tercer poseedor de cosa hipotecada, ya que el titular de la cosa sobre la que recae el derecho real de hipoteca, tiene la libre disposición de aquélla. Esto mismo sucede al propietario de un piso en una comunidad de propiedad horizontal, aunque sobre éste pese una afección real.

Pues bien, 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 de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestase su consentimiento expreso o tácito.

A *sensu* contrario, si no existe tal pacto entre quien transmite y quien adquiere la propiedad, éste se subrogará en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, pero no en la obligación personal con ella garantizada y por tanto el primero no quedará liberado de su deuda.

La diferencia entre que el adquirente pase a ser sujeto pasivo de la obligación o que sólo sea responsable de su cumplimiento, es importante, ya que en aplicación del artículo 105 de la Ley Hipotecaria. «La hipoteca ...no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1.191 del Código Civil». Por tanto responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros.

Por el contrario si sólo es poseedor de la cosa hipotecada, aún cuando ésta sigue sujeta directa e inmediatamente al cumplimiento de la obligación (art. 104 L.H.), puede liberarse pagando o desamparando, según crea conveniente (art. 126 L.H.). Lo cual indica que su responsabilidad sólo alcanza a la cosa hipotecada.

Situación similar a esta del tercer poseedor de cosa hipotecada es la que se produce al transmitir la propiedad de un piso en una comunidad de propiedad horizontal, si existen gastos comunes pertenecientes a períodos anteriores a la transmisión, que no han sido satisfechos. Con la particularidad de que en este caso la garantía no alcanza a toda la deuda existente entre el antiguo propietario y la comunidad, sino, tal como la Ley de Propiedad Horizontal indica sólo a los gastos de la última anualidad y la parte vencida de la corriente que sean comunes.

De forma semejante se puede decir, por tanto, que el adquirente no pasa a ser deudor de la obligación contraída por su transmitente, con la limitación temporal ya dicha, sino que es únicamente responsable.

Como tal, si la comunidad ejerce la acción real de la que dispone contra el piso de su propiedad, puede pagar o desamparar los bienes.

Debido a que la cuantía de la deuda no alcanzará normalmente, ni con mucho el valor del piso, lo más fácil es que opte por pagar. En cuyo caso podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado o bien en base al artículo 1.158 del Código Civil si aquél no se opuso al pago, y en caso de oponerse, en la parte que le hubiera sido útil. O subrogarse en los derechos del acreedor conforme al artículo 1.210,3.º del Código Civil por tener interés en el cumplimiento de la obligación.

Si no paga ni desampara, será responsable con sus bienes, además

de con el piso, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diese lugar (art. 126 L.H.).

La comunidad dispone también de una acción personal contra quien es deudor en la obligación, como sucede siempre que una obligación no se cumple. Mediante esta acción podrá reclamar, no sólo los gastos producidos en la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente, sino también las anteriores sin más límite que el establecido en el artículo 1.966,3.º del Código Civil, cinco años para este tipo de obligaciones.

Nos queda ahora por aclarar, si disponiendo la comunidad de dos acciones, la real y la personal, puede ejercitar una u otra según crea conveniente, o por el contrario, como alguna sentencia mantiene, ha de intentar primero la personal y sólo la real cuando ésta fracasa.

Para aclarar esta cuestión hemos seguido aplicando la semejanza, en este caso con los censos, pues como ya hemos visto en la Ley de Propiedad Horizontal nada dice al respecto.

La obligación que tiene el censatario de pagar las pensiones al censalista, guarda una gran relación por la semejanza, con la que tiene el propietario de satisfacer a la comunidad la parte que le corresponda de los gastos generales. En ambas el sujeto pasivo se determina con relación a la titularidad de un derecho real, ya sea la propiedad o el censo; ambas obligaciones son duraderas y periódicas y su cumplimiento queda garantizado, por mayor o menor tiempo, por el propio bien.

El artículo 1.623 del Código Civil dice: «Los censos producen una acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real, podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiera lugar a ello».

Del primer párrafo se deduce, que existe una afección real de la finca al pago de las pensiones, que es la que produce la acción real. Pero aunque la finca responda al gravamen, su propietario, es quien tiene que abonar las pensiones, ya sea obligado el propietario actual de la finca en el momento de deducir la reclamación, ya lo fuera el propietario anterior, el que disfrutó la finca en la época en que se devengaron las pensiones que se reclaman.

Pero este artículo nos dice algo más. Por su expresión «además...puede», nos indica que el censalista, puede, si quiere, ejercitar la acción real para el cobro de las pensiones, sin necesidad de intentar antes la personal contra el que fue censatario pero ya dejó de serlo, o aún contra el poseedor actual si él fuera el deudor. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1914.

A igual conclusión nos lleva el artículo 126 de la Ley Hipotecaria ya que no es necesario ejercitar la acción personal para el cobro del crédito, para poder reclamar del tercer poseedor de la cosa hipotecada dicho pago.

Si en estas dos figuras estudiadas, semejantes como hemos dicho a la que nos ocupa y en las que se dan las mismas acciones personal y real, el deudor tiene la libre opción de elegir entre una u otra, creemos que hay razón suficiente para pensar que en este caso en estudio sucede lo mismo y que por tanto la comunidad, disponiendo de las dos dichas acciones, podrá ejercitar una u otra según le convenga.

LA SITUACION TRAS LA LEY 2/88 DE 23 DE FEBRERO

La modificación que la citada Ley introduce en el artículo 20 sólo va dirigida a facilitar, por parte de la comunidad el cobro de los gastos comunes que no hayan sido satisfechos por los propietarios en el tiempo y forma que la junta haya fijado. Desaparece el requerimiento en forma fehaciente previo a exigir la deuda por vía judicial y se especifican algunos detalles sobre el procedimiento. Pero como ya hemos dicho anteriormente este artículo 20 está destinado a concretar el tiempo y la forma en que la prestación ha de ser cumplida, teniendo en cuenta que se trata de una obligación periódica, pero nada aclara en cuanto a la persona del deudor, si, en el tiempo que media desde que la deuda es exigible, hasta que la comunidad decide exigirla por vía judicial, se produce la transmisión del piso o local. Sigue, por tanto, siendo válido el razonamiento que hacíamos referente al antiguo artículo 20 y creemos que nada en él justifica que se piense en una novación en la obligación por cambio de deudor.

En cuanto al añadido que esta Ley hace al segundo párrafo de la obligación quinta del artículo 9, si merece la pena que la analicemos a fondo, pues no es, a nuestro modo de ver, nada claro en sus expresiones, por lo cual puede plantear problemas en su aplicación.

Comencemos por analizar la primera de las frases: «En la escritura por la que se transmita el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos, o en su caso, expresar los que adeudare»; lo primero que vemos es que diferencia la transmisión a título oneroso de la transmisión a título gratuito, cosa que no hace en este mismo artículo y párrafo unas líneas atrás (existentes ya en la Ley de 1960) al referirse a la afección del piso a los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, esta afección se produce «cualquiera que fuere su propietario actual y su título de adquisición». La consecuencia es, por tanto, que a pesar de que el piso está afecto al pago de los gastos comunes, sea cual sea la forma de transmisión, quien lo transmite sólo debe declarar estar al corriente del pago de dichos gastos cuando la transmisión es a título oneroso. Por consiguiente en la transmisión a título gratuito la situación no ha variado tras la entrada en vigor de la Ley 2/88. No obstante cabe señalar

si se produce una donación, por tratarse de un bien inmueble y según el artículo 633 del Código Civil, en la escritura pública que contenga la donación deben especificarse el valor de las cargas, lo que nos lleva a la conclusión de que la obligación de declarar, si se estaba o no al corriente de pago de los gastos del último año y la parte vencida de la anualidad corriente, existía ya antes de la citada Ley, ya que esta deuda está garantizada con el propio piso y, por tanto, es una carga. Tal situación no se produce en el caso de un legado o una transmisión hereditaria, que estaba y está libre de la obligación de declarar.

Naturalmente que aunque la Ley diga que el transmitente debe declarar estar al corriente de los gastos, en la escritura de transmisión onerosa, podemos encontrarnos en la práctica en las siguientes situaciones:

1. Que en la escritura no se contenga declaración alguna. En este caso no se plantearon problemas si no existen gastos pendientes, pero se habrá ocultado una carga que pesa sobre el piso si existen.

2. Que contenga declaración y en ella se constate la existencia de gastos impagados, ya sean del último año o de anualidades anteriores.

3. Que se declare que no existen gastos impagados, pero que realmente existan, en cuyo caso también se está ocultando una carga del piso.

Según el último inciso del añadido a la obligación 5.^a del artículo 9, «el transmitente a título oneroso, quedará sujeto a la obligación legal del saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local». Por tanto, en la situación planteada en los puntos primero y tercero, en los que se ha ocultado la carga, nace en el transmitente la obligación de sanear. Esta obligación de sanear no parece que sea la contenida en el artículo 1.483 del Código Civil, ya que, aunque habla de una carga oculta en la finca comprada, es necesario que la carga sea de tal entidad que deba presumirse que no la hubiera adquirido el comprador si la hubiera conocido. Si creemos que puede incluirse en el saneamiento por vicios en general del artículo 1.484, en el que cabe la posibilidad de que el comprador hubiera pagado menor precio si hubiera conocido la carga. Esta última situación parece que es la que puede producirse en la transmisión de un piso, en la que el comprador se encuentra con unos gastos de comunidad sin pagar por el transmitente.

Según el artículo 1.486 del Código Civil, el comprador puede optar por la resolución del contrato, abonándosele los gastos que pagó o rebajar en una cantidad el precio, a juicio de peritos.

En el caso que nos ocupa, el comprador sólo tendrá un perjuicio, por el que ha de ser compensado, en el caso en que, debido a la garantía real que pesa sobre el piso para pago de los gastos correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la corriente,

la comunidad le exigiese el pago de tales gastos que su transmitente no abonó en su día, incumpliendo la obligación que sobre él pesaba. Por tanto, en tal caso el transmitente estará en la obligación de sanear, es decir, de abonar al adquirente aquello que pagó o a sufrir una disminución en el precio del piso si éste no ha sido todavía abonado.

Esta obligación de sanear que la Ley ha introducido en el artículo 9.5 no creemos que modifique en nada las conclusiones obtenidas en este trabajo. Seguimos pensando que el obligado a satisfacer los gastos comunes que corresponden a un determinado piso o local es el propietario que lo es en el momento en que tal deuda es líquida vencida y exigible y que el deudor no cambia por el hecho de que posteriormente, y sin que la obligación haya sido cumplida, se produzca la transmisión del piso. Decíamos antes de la entrada en vigor de la Ley 2/88 que el nuevo propietario pagaba como tercero y que a tenor del artículo 1.158 podrá repetir lo que pagó, del verdadero deudor. Pues bien, este último párrafo del artículo 9.5 lo que hace es introducir, de forma directa para este caso concreto, el derecho de recuperar aquello que pagó. La introducción de esta obligación del transmitente de sanear no hace sino venir a corroborar para los gastos de la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente, que son los que la comunidad puede reclamar al adquirente debido a la garantía que pesa sobre el piso. Resultaría demasiado sofisticado pensar que para estos gastos, en el momento de la transmisión se produce una novación en la obligación de pagarlos, pasando de ser deudor el propietario antiguo a serlo el nuevo, y que en ese mismo momento nace en el antiguo propietario una obligación de sanear al nuevo por haberlos pagado. Es mucho más sencillo y convincente pensar que la obligación de pago no sufre modificación alguna y que como la Ley protege a la comunidad para que pueda ver satisfechos dichos gastos, aun en el caso en que se produzca una transmisión del piso o local, es conveniente que la misma Ley proteja a quien paga sin ser deudor. Por tanto, creemos que aunque tal cobertura existía a través del artículo 1.158, es acertado introducirla en la propia Ley de Propiedad Horizontal y precisamente en ese artículo, para salir al paso de las múltiples y variadas interpretaciones que sobre el tema se han hecho y que al reflejarse en la práctica judicial, como hemos visto, daba lugar a que se resolvieran de forma dispar casos muy semejantes, lo que produce siempre una cierta inseguridad jurídica.

De las tres situaciones jurídicas posibles que hemos dicho que podían darse, respecto de la declaración que la Ley exige del impago de los gastos comunes, hemos tratado la 1.^a y la 3.^a, es decir, las que suponían ocultar una carga existente sobre el piso o local. Vamos ahora a ocuparnos de la 2.^a, en la que la escritura contiene la declaración de que no se está al corriente de dichos pagos.

En este caso, evidentemente, el piso tiene una carga, pero ésta no está oculta, sino que aparece reflejada en la escritura de transmisión. Al contrario de lo que sucede en el caso en que se oculte la carga, para el caso en que ésta se declare la Ley no prevé sus consecuencias, por lo que habrá que hacer un estudio del alcance que tal declaración puede tener.

Podemos pensar que produce únicamente el efecto que se desprende del último párrafo *a sensu* contrario: si la carga del piso no se oculta no nace en el transmitente la obligación de sanear por los gastos a cuyo pago está afecto el piso o local. En este caso cuando la comunidad reclame al nuevo propietario el pago de tales gastos, que están garantizados con su piso, éste deberá pagarlos para detener la acción contra su propiedad y luego no podrá repetir del transmitente. ¿Supone esto que el adquirente ha pasado a ser deudor? Pero ¿qué sucede con los gastos cuyo pago no está garantizado con el piso o local? ¿siguen un régimen distinto a pesar de estar declarados de igual modo en la escritura de transmisión?

Todas estas preguntas creemos que surgen por la defectuosa redacción del artículo, ya que una vez declarados como impagados no creemos que se pueda hacer distinción alguna entre aquellos gastos que quedan garantizados con el piso o local y aquellos que no lo están.

Al contener la escritura de transmisión la declaración de aquello que se adeuda, y ser otorgada, tanto por el transmitente como por el adquirente, parece que la Ley hace intuir una novación en la obligación. Pero naturalmente esta afirmación hay que razonarla; pasamos a ello.

Esta novación será de las llamadas por delegación, en las que es preciso el acuerdo entre el antiguo deudor y el nuevo con el consentimiento del acreedor. Se plantean, por tanto, dos puntos de discusión:

1. ¿La declaración del transmitente por sí sola equivale a un acuerdo entre los dos deudores?
2. ¿Qué sucede con la aceptación de la novación por parte del deudor?

Desde luego a la primera de las preguntas habría que responder que no. Una cosa es saber que quien transmite el piso no está al corriente del pago de los gastos comunes y otra muy distinta aceptar pasar a ser deudor de ellos.

Si aceptamos, por tanto, que se produce la novación, tenemos que aceptar que el acuerdo entre los deudores no es expreso, sino tácito, o decir que la Ley presume que la firma del adquirente en la escritura en la que se declaran los gastos pendientes, lleva consigo la aceptación de la deuda. Desde luego la Ley nada dice sobre tal presunción (pensamos que hubiera costado poco aclarar este punto) y habrá que demostrar que es una costumbre en el tráfico jurídico o un uso del comercio en este tipo de transmisiones. También podemos, y creemos que en este caso es lo más acertado, decir que con

arreglo al artículo 3 del Código Civil hay que interpretar las leyes «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», y ésta, aunque defectuosamente redactada, pretende subsanar los problemas que en la transmisión de un piso o local se producen cuando hay gastos comunes impagados, y si no se interpreta en el sentido que proponemos creemos que más que subsanarlos lo que hace es acrecentarlos, pues además de los problemas existentes anteriormente hay que sumar el distinto valor que en cada caso se dé a la declaración.

En cuanto a la segunda pregunta planteada, es decir, el consentimiento del acreedor al cambio de deudor que se exige expresamente en el artículo 1.205 del Código Civil, es evidente que tal consentimiento no va a constar en la escritura de transmisión, ya que la comunidad no va a intervenir en el otorgamiento de dicha escritura.

Podrá constar quizá en otro documento, pero lo normal es que sea tácito. Bastará que la comunidad se dirija al nuevo propietario con la pretensión de cobrar dichos gastos, ya sea por vía directa o por vía judicial, para que haya que admitir que ha consentido en la novación. Pero de igual modo habría que concluir que, si la comunidad se dirige para el cobro contra el propietario antiguo, es que no ha consentido el cambio de deudor y que, por tanto, a tenor del artículo 1.205 la novación no se ha producido.

¿Podría en este último caso el juez, interpretando la Ley, decir a la comunidad que su deudor, a causa de la declaración de la escritura de transmisión, no es el antiguo propietario sino el nuevo? dicho de otra forma, ¿excluye también la Ley la necesidad de aceptación por parte del acreedor?

No creemos que pueda forzarse tanto la interpretación de la Ley. Más bien cabe pensar que el artículo 9, bajo el rótulo de «son obligaciones de cada propietario», trata de proteger a la comunidad frente a los propietarios individuales y, por tanto, este párrafo del 9.5 no pretende sino el beneficio de la comunidad como acreedora. Habrá que pensar, por tanto, que puede aceptar o no la novación actuando siempre en su propio interés.

Es evidente que en la mayoría de los casos la novación beneficiará a la comunidad, pero cuando esto no suceda, no debe serle impuesta desde la propia Ley que trata de protegerle.

Podemos, por tanto, concluir que esta adición al artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal no produce un cambio en las conclusiones que se obtenían en este trabajo antes de la Ley 2/88, para el caso en que oculte la carga que pesa sobre el piso, por los gastos impagados en el momento de la transmisión. Es decir, que sigue siendo deudor quien lo era en el momento en que nació la obligación. Lo único que ha cambiado es que antes estimábamos que el propietario nuevo que pagaba la deuda del antiguo podía resarcirse por el artículo 1.158 y ahora el derecho a resarcirse se encuentra en el pro-

pio artículo 9.5, en la obligación de sanear que establece para quien transmite el piso u oculta la deuda por él garantizada.

Situación nueva, en cambio, se produce cuando sí declara en la escritura de transmisión no estar al corriente en el pago de de los gastos de comunidad. Según hemos dicho, aunque la Ley no es nada clara, debería de presumirse que para este caso se produce una aceptación de la deuda por parte del adquirente, lo cual puede suponer una novación en la obligación si la comunidad lo acepta. De no ser así la finalidad que se pretende con la modificación de la Ley no se conseguiría y habría que seguir manteniendo que el nuevo propietario pasa a ser únicamente quien responde con su propiedad de los gastos impagados del último año y la parte vencida de la anualidad corriente, debido a la garantía real que pesa sobre el piso, a modo de tercer poseedor de cosa hipotecada, es decir, que la situación no se habría modificado con la entrada en vigor de la nueva Ley.

CONCLUSION

Cuando se produce un cambio en la titularidad de un piso o local, en una comunidad de propiedad horizontal, y existen gastos comunes no satisfechos por el titular que la transmite se plantean problemas para determinar si el sujeto pasivo de la obligación de satisfacer dichos gastos, es el titular que lo era en el momento de producirse, o el que adquiere la propiedad.

Un sector de la doctrina y de los magistrados, mantienen que la transmisión produce una novación en la obligación, pasando a ser sujeto pasivo el nuevo propietario. Otros opinan que se mantiene la obligación del anterior propietario pero que el nuevo pasa a ser deudor de la obligación. Y, por fin otros creen que la obligación no se modifica, manteniéndose tal y como nació en su momento.

Todas estas posturas tan diversas no impiden que la mayoría de ellos afirmen que nos encontramos ante una obligación *ob rem* y que deriven de ello sus conclusiones.

Esto es debido, como ya hemos visto antes, a que no existe unanimidad a la hora de determinar cuáles son las características de estas obligaciones, y aunque todos las designen con este nombre o de obligaciones *propter rem*, les atribuyen efectos distintos.

Se complica el problema por la existencia de una afección real que pesa sobre el piso para los gastos no satisfechos, correspondientes a la última anualidad y la parte vencida de la anualidad corriente, que se confunde para muchos autores, con la titularidad *ob rem*.

Abandonando pues la construcción doctrinal de este tipo de obligaciones, nos dedicamos al estudio directo del contenido de los artículos 9.5 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal y su relación con

el Derecho de obligaciones, y así mismo, de otras figuras afines, para resolver quien consideramos que es el sujeto pasivo de la obligación de satisfacer estos gastos.

Deducimos del estudio de los artículos que nos ocupan, que las obligaciones contenidas en el artículo 9 son de las que la doctrina llama duraderas, y de entre ellas la de satisfacer los gastos comunes, se configura habitualmente como periódica; por lo cual, el artículo 20 se introduce en la Ley para concretar cada una de las prestaciones. La Ley determina que el deudor será el titular del piso o local, facultando a la junta para que determine el tiempo y la forma del cumplimiento.

Pero una vez concretada la prestación, la obligación nace para todos los copropietarios. Si esta obligación, una vez nacida cambia de sujeto o deudor, se producirá una novación; extremo que como ya hemos expuesto, no podemos aceptar, pues no se ajusta esta hipótesis a ninguna de las recogidas para la novación por cambio de deudor, en el Código Civil.

Creemos, por tanto, que el hecho de la transmisión no produce ningún cambio de sujeto pasivo en la obligación de satisfacer gastos comunes, sino para el futuro; es decir, que el titular adquirente no se subrogará en el lugar del transmitente (salvo pacto en contrario con el consentimiento del acreedor), para el cumplimiento de dichas obligaciones no satisfechas por aquel por el hecho de haber adquirido el piso.

Por tanto, la comunidad dispone de una acción personal, para exigir el cumplimiento de la obligación, contra el deudor que incumplió ya siga siendo el propietario del piso ya lo haya transmitido a un tercero.

Pero el cumplimiento de esta obligación respecto de los gastos producidos en el último año y la parte vencida del corriente se encuentra garantizada por el propio piso. Por lo cual la comunidad dispone de una acción real, para el cobro de dichos gastos, que puede ejercer de forma independiente de la personal, y que irá dirigida a quien tenga en ese momento la titularidad del piso, ya sea él quien incumplió la obligación, ya sea un tercero que la adquirió con posterioridad.

En la acción personal dirigida contra el deudor, la comunidad podrá reclamar todos los gastos anteriores no satisfechos, con un límite de cinco años que es el plazo de prescripción de las acciones para reclamar este tipo de obligaciones. El deudor responderá no sólo con el piso, sino con todo su patrimonio.

En la acción real contra el que sea propietario en ese momento sólo pueden reclamarse los gastos impagados del último año y la parte vencida del corriente y el demandado, en calidad de responsable y no de deudor, responde del pago únicamente con el piso. Pudiendo, por tanto, pagar o desamparar para quedar liberado de su responsa-

bilidad. Si opta por pagar tendrá derecho a repetir de quien es verdadero deudor.

Tras la entrada en vigor de la Ley 2/88 de 23 de febrero, la situación debería cambiar, pero sólo se producirá el cambio si haciendo caso al mandato que contiene se hace habitual que las escrituras de transmisión de pisos y locales lleven incorporada la declaración de estar al corriente del pago de los gastos, si esto es cierto, o la de que se adeuda determinada cantidad. Como hemos visto es en este último caso en el que pensamos que podría aceptarse una novación en la obligación de pago, pese a que no se encuentra claramente reflejado en la redacción de la Ley, como única vía de solucionar el problema y justificar su promulgación.

Tenemos que concluir diciendo que si es ésta efectivamente la intención de la Ley desaparecerían los problemas que las comunidades tienen para el cobro de los gastos atrasados cuando se produce una transmisión del piso o local, pues con la asunción de la deuda por parte del adquirente sería para ellos como si la transmisión no hubiera existido.

BIBLIOGRAFIA

Libros

BERGALLI, Roberto (Coordinador): «El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica» (Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la Sociología Jurídica, Barcelona 7-9 de abril de 1988). Homenaje al Profesor Dr. Renato Treves. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1989, 365 pp.

Estamos en presencia de una obra importante, por lo que dice y por lo que sugiere. En primer lugar, nos informa de la celebración de unas Jornadas sobre Sociología Jurídica que vienen a ser como una «presentación en sociedad», en nuestro país, de una asignatura que, al no figurar en el Plan de Estudios de la Licenciatura de Derecho, se viene impartiendo de forma conyuntural y asistemática por Profesores de otras áreas de conocimiento (por lo general, filósofos del Derecho). Dichas Jornadas contaron con la presencia del Profesor italiano Renato Treves, lo que supuso un decisivo respaldo a la iniciativa, debida a la División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Barcelona, y, en particular, al Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales. El volumen contiene, por tanto, las Ponencias y Comunicaciones presentadas a dichas Jornadas.

Interesa destacar del contenido la presentación a cargo del Profesor Bergalli: «Por una Sociología Jurídica en España», extraordinariamente clarificadora sobre la situación actual que estos estudios presentan entre nosotros; pero, sobre todo, el discurso o intervención del Profesor Treves bajo el título «Un camino hacia la Sociología del Derecho», en el que narra las vicisitudes de esta asignatura en Italia y las posibilidades de desarrollo que puede tener entre nosotros, al tiempo que, recogiendo anteriores trabajos suyos, trata de perfilar su concepto y profundizar los problemas relacionados con su naturaleza y funciones. A continuación, en el apartado de «Perspectivas teóricas» se insertan ponencias y comunicaciones de carácter general debidas a los Profesores Baratta, Atienza, Febbrajo y M.^a José Fariñas Dulce. A su vez, dentro de las «Perspectivas empíricas» aparecen otras ponencias y comunicaciones sobre la sociología de las ocupaciones jurídicas, la presencia del hombre y de la mujer en la Sociología y el Derecho, las Jueces españolas, quiénes son y cómo son, Abogacía y cambio social, el Sindicalismo policial español y la Administración de Justicia en Colombia. El volumen se cierra con un apartado sobre «Perspectivas teóricas en campos concretos» con trabajos de carácter penal y de derecho público.

Para quien desde hace años viene realizando modestas incursiones en el ámbi-

to de la Sociología Jurídica empírica (pueden verse: *Notas para una sociología de las obligaciones y contratos*, ADC, 1979, p. 739 y ss., *La filiación extramatrimonial en la realidad social*, Universidad de Bilbao, 1978), no puede menos de suscitar la esperanza de que se abra pronto una era de fructífera colaboración entre juristas y sociólogos entre nosotros. Recientes reformas producidas en el Derecho de Familia están exigiendo profundos análisis de la realidad jurídico-social española; así, por ejemplo, ¿cómo se vive en nuestra sociedad el principio de igualdad entre los cónyuges?; en particular ¿subsisten discriminaciones contra la mujer casada en las relaciones económicas del matrimonio?; ¿qué consecuencias ha supuesto en el índice de extramatrimonial la libre investigación de la paternidad?; ¿qué consecuencias sociales está produciendo la reforma de la adopción de 1987? ¿cómo se resuelven los conflictos jurídicos entre la potestad y la tutela *ex lege*? Los interrogantes pueden plantearse también en otros sectores del ordenamiento (me remito a los estudios socio-jurídicos realizados por el Profesor Martínez de Aguirre y Aldaz en relación con la promesa pública de recompensa y los concursos con premio, así como respecto de la Ley de Ventas a plazos de bienes muebles de 1965), algunos de amplia resonancia social, como la incidencia del Decreto-ley Boyer en los contratos de arrendamiento urbano y el cumplimiento efectivo de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Dada la incomunicación interfacultativa que suele darse entre nosotros es muy probable que estas breves reflexiones no lleguen a conocimiento de los cultivadores de la Sociología Jurídica; escritas quedan, sin embargo, por si algún jurista aficionado a la Sociología, o algún sociólogo interesado en los hechos jurídicos, se animaran a llevarlas a la práctica.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

CARBAJO GONZALEZ, Julio: «Las acciones de reclamación de la filiación», Librería Bosch, Barcelona, 1989, 209 pp.

Uno de los problemas más importantes de la nueva regulación de la filiación es, precisamente, el que plantean las acciones de reclamación e impugnación de la misma. Y hay que lamentar que, desgraciadamente, no son muchos los estudios dedicados con extensión al tema, a pesar de su importancia y las múltiples cuestiones que suscita su regulación actual.

El libro que se comenta, precedente del profesor de Derecho civil de la Universidad de Oviedo, Carabajo González, constituye un interesante y detallado trabajo de las acciones de reclamación de la filiación, con unas muy completas referencias a la doctrina española y extranjera, de las que demuestra el autor ser un profundo conocedor.

Tras un breve capítulo en el que se analiza el concepto y naturaleza de las acciones de reclamación, el autor realiza un amplio estudio de la evolución histórica del problema, comenzando con el Derecho bajomedieval, en concreto las partidas, para terminar con la regulación anterior a la reforma de la filiación de 1981 (es de destacar, en este aspecto, la gran polémica doctrinal y jurisprudencial que surgió sobre la interpretación de la Base 5.^a de la Ley de 1888 y el

artículo 135 del Código civil, en el cual, por otra parte, no se establecía, ni mucho menos, una auténtica investigación de la paternidad).

A continuación se comenta la reforma de la filiación de 1981, que tuvo su origen directo en los artículos 14 y 39,2 de la Constitución de 1978. Esta reforma era totalmente necesaria, ya que el Código civil, inalterado a lo largo de un siglo, mantenía una normativa deficiente, injusta, trasnochada e insostenible.

Posteriormente, el autor analiza las acciones de reclamación de la filiación en la legalidad vigente. Es de destacar a este respecto el amplio capítulo dedicado a los medios de prueba en los procesos sobre reclamación de la filiación. Se estudian, con especial interés, las pruebas que puede ser más determinantes a la hora de declarar la filiación reclamada: las pruebas biológicas. Se estudian las diversas pruebas biológicas (la de grado de madurez del recién nacido, las hereditarias o antropomorfológicas y las de los grupos sanguíneos), el régimen jurídico de la prueba, el problema que presenta la negativa a someterse a dichas pruebas, las presunciones «hominis seu iudicis» contenidas en el artículo 135 del Código civil para el caso de que no haya prueba directa de la generación o del parto...

Concluye la obra con los sujetos y el tiempo en el ejercicio de las acciones. Por lo que respecta a los sujetos, son dignas de mención las muy importantes matizaciones que el autor realiza a la amplia legitimación activa que concede la ley para reclamar la filiación (matrimonial o no matrimonial) si existe posesión de estado («cualquier persona con interés legítimo...» —art. 131 del Código—), la intervención del Ministerio Fiscal prevista en el artículo 129, la posible inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 133, al no permitir al «padre real» el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial si no existe posesión de estado (¿en qué se basa esa discriminación?), el alcance de la expresión «herederos» (arts. 130, 132 y 133), la legitimación pasiva (sobre la que el Código guarda el más absoluto silencio).

En conclusión, se trata de una obra muy interesante, con una importante visión histórica del problema, en la que se analiza, de forma detallada, el nuevo régimen de las acciones de reclamación de la filiación.

JUAN POZO VILCHES

HAUSER, Jean, y HUET-WEILLER, Danièle: «La Famille. Fondation et vie de la famille.» *Traité de Droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989, 882 pp.*

Quien ha seguido con atención la publicación de los diversos volúmenes — algunos ya en 2.ª edición— del excelente *Traité de Droit Civil* de Ghestin, esperaba con curiosidad la aparición de la parte dedicada al Derecho de Familia. A la vista del presente volumen hay que convenir en que el lector no queda defraudado pues se alcanza en él un nivel científico similar al logrado en los anteriores, como fruto de la acertada elección que el Director ha hecho de sus colaboradores, auténticos especialistas de las materias que se les han encomendado. El Profesor Jean Hauser, de la Universidad de Bordeaux, y la Profesora Danièle Huet-Weil, de la Strasbourg, son los autores de este primer volumen de Derecho de Familia

que se dedica a su fundación y a la vida de la familia, abarcando, en particular, el matrimonio, el concubinato, la filiación, la adopción, la patria potestad o autoridad parental y los alimentos.

La presente obra, por su interna estructura, contenido de materias y hasta por el estilo literario, se destaca con propia personalidad entre la bibliografía fundamentalmente manualística con preponderante finalidad didáctica (como las obras de Carbonnier, Weill-Terré, Mazeaud-De Juglart, Benabent) o las de horizonte más amplio (como la clásica de Savatier y Rouast en el *Traité Pratique* de Planiol-Ripert, la de Marty-Raynaud o la más reciente de Malaurie-Aynés). Dicho queda que no constituye un Manual escolar, aunque también puede cumplir sus funciones. Utiliza una bibliografía selecta y muy actualizada, no exclusivamente juscivilista, y se hace eco de las más significativas decisiones jurisprudenciales, especialmente las que han contribuido a formar o variar doctrina interpretativa. Notable es la casuística que aflora en la realidad social, que se recoge con generosidad; sirvan de ejemplo los casos planteados por las cláusulas de celibato impuestas a las azafatas de vuelo o el despido por el nuevo matrimonio del divorciado acordado en una Escuela confesional, que se examinan bajo la óptica del *jus conubii* como derecho fundamental de la persona. Esta especial sensibilidad de los autores aparece también en el planteamiento franco de la necesidad de una reforma de la ley de filiación de 1972 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, siguiendo el ejemplo de la Ley belga de 31 de marzo de 1987.

Las ideas inspiradoras de los autores se reflejan bien en el siguiente párrafo del *Avant-propos*: «El Derecho de familia es un derecho en movimiento y complejo que no cesa de reformarse y diversificarse. Con frecuencia el lector tendrá la impresión de que el legislador y la jurisprudencia se agotan vanamente al querer seguir la evolución de las costumbres, y algunos pensarán que renunciando a imponer un modelo uniforme, este «derecho a la carta» traiciona su misión normativa. Pero hay que recordar que el modelo uniforme de antaño correspondía a un Derecho de familia impositivo, no igualitario y, en cierta medida, hipócrita. El pluralismo de los últimos decenios tiene la ambición de aportar a las familias de hoy más igualdad, más libertad y más veracidad. Para llegar a ello el Derecho de familia se ha hecho «flexible», quizá demasiado... Pero esta flexibilidad, que auspiciaba el Decano Carbonnier, quizá es el precio a pagar para evitar que la familia pase del «no derecho» al «rechazo del derecho». Posición ideológica que los autores exponen con lealtad, que otros no comparten dentro de la misma doctrina francesa, y que sirve para enriquecer el debate doctrinal en la parte quizá hoy más viva en el ámbito europeo occidental, de todo el Derecho Civil.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Derecho comunitario y protección de los consumidores». Actualidad Editorial, Madrid, 1990, 144 pp.

A la ya de por sí compleja articulación del sistema jurídico español como un ordenamiento compuesto, operada por la Constitución de 1978, ha venido

a sumarse, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas, una nueva fuente de producción de normas con directa y preferente incidencia en aquel sistema. No podemos los civilistas permanecer ajenos a estos nuevos fenómenos, como si nada hubiera cambiado: tanto el Derecho de las Comunidades Autónomas como el comunitario europeo afectan de modo decisivo al sistema de fuentes, cuestión cuyo estudio ha correspondido siempre —y debe seguir correspondiendo— al Derecho civil, sin que exista hoy razón alguna para circunscribir aquél al análisis tópico del trinomio «ley-costumbre-principios generales» del artículo 1.1. del Código civil. Y, en lógica consecuencia, modificado el sistema de fuentes —y aun la noción misma de «sistema de fuentes», cuyo concepto no puede ya explicarse desde los moldes conceptuales de la codificación en que tiene su origen—, quedan también modificadas, no sólo las soluciones a muchos problemas jurídicos concretos, sino también —y sobre todo— el modo de discutir sobre todos ellos.

En este contexto, no puede sino considerarse relevante el libro del profesor Carlos Martínez de Aguirre Aldaz que provoca estas líneas: sólo el hecho de que un civilista dedique su atención al Derecho comunitario europeo en relación con ese sector del ordenamiento que es la protección de los consumidores —cuya trascendencia para buena parte del Derecho privado es innegable, por más que todavía, en su actual fase de evolución, aparezca sólo apuntada— es, en sí mismo, importante; pero aún es más merecido este juicio al comprobar que el esfuerzo del autor se dirige a desentrañar, no ya el sentido y alcance de las concretas normas comunitarias relativas a los consumidores y el modo en que afectan a los correspondientes preceptos de nuestro Derecho interno, sino —lo que es, a mi juicio, mucho más trascendente— los fundamentos mismos de la potestad que permite la emergencia de aquéllas, su potencialidad y sus límites.

Comienza por explicar el autor la incidencia del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento jurídico español, resumiendo acertadamente los principios básicos que inspiran la relación entre uno y otro: autonomía, primacía, aplicabilidad directa y efecto directo del Derecho comunitario. Sentados esos conceptos nucleares, cuyo conocimiento es imprescindible para abordar ulteriores profundizaciones, se analiza en la obra la evolución de la política comunitaria de protección a los consumidores, tras lo cual se adentra el autor en lo que, a mi juicio, constituye el núcleo de su trabajo: el marco jurídico de esa política comunitaria y la virtualidad y límites de ésta en relación con el objetivo prioritario de construcción del mercado interior.

En lo que se refiere al primero de estos problemas —el marco jurídico de la política comunitaria de protección a los consumidores—, ofrece el libro que comento un muy sugerente planteamiento del problema de la competencia de la CEE, en esta materia, cuya flexibilidad e inconcreción ha provocado no pocos debates y conflictos con los Estados miembros. A juicio del autor, son fundamentalmente los artículos 2 y 30 del Tratado de Roma los que atribuyen a la Comunidad la competencia (concurrente con la de los Estados miembros) en orden a la protección de los consumidores; pero lo difuso del título competencial permite poner en juego la idea de las competencias implícitas, «de manera que es previsible que con el paso del tiempo (y a medida que avance el proceso global de integración europea) vaya alcanzando parcelas hasta entonces consideradas como de competencia nacional» (págs. 49-50). Tras exponer las diversas formas de *ar-*

monización legislativa utilizada por las instancias comunitarias en ejercicio de sus competencias en la materia y los distintos instrumentos jurídico-formales empleados para lograr aquélla, sitúa el autor la fundamentación normativa que permite el desarrollo de una política comunitaria de defensa de los consumidores de alcance general en los artículos 100 y 235 del Tratado CEE, atribuyendo a este último un carácter residual respecto al primero.

En cualquier caso, me parece que la cuestión de mayor interés entre las que plantea y estudia el libro de Carlos Martínez de Aguirre es la relativa a la relevancia que, respecto a la política comunitaria de protección a los consumidores, tiene la construcción del mercado interior a partir del Acta Unica. Piensa el autor que late en ésta (arts. 8 A, 100 A y 100 B) «una opción de política legislativa por el legislador comunitario en favor de la construcción del mercado interior, aunque ello sea en detrimento de la protección efectiva de los consumidores de algunos países miembros (por disminución del que ya gozan); sólo suavizado, ello, por los niveles de protección elevados a los que habrá de responder la armonización que emprenda la Comunidad» (pág. 117). No obstante, cree también que hay en el Acta Unica mecanismos suficientes para corregir, por vía de interpretación esa impresión primera, señalando, en definitiva, que la expresión —clave en el planteamiento del Acta Unica— «niveles más elevados de protección» (Cfr. art. 100 A 3) significa que las normas comunitarias, en su conjunto, deben ofrecer una «protección básica común», de modo que los ciudadanos más desprotegidos por sus respectivas legislaciones nacionales vean mejorada su situación por consecuencia de las normas comunitarias y que los ciudadanos más protegidos por sus respectivos países no vean disminuir, como consecuencia de la armonización comunitaria, la protección que les ofrecen sus respectivas legislaciones nacionales (págs. 120-121).

Es imposible, por lo demás, resumir en estas líneas todos los matices y las sugerentes propuestas interpretativas contenidas en el libro, que tiene mucho de punta de lanza, de adelanto en el modo de abordar científicamente un nuevo Derecho civil que —querámoslo o no— está tomando al asalto buena parte de nuestro viejo y —por conocido— cómodo ordenamiento privado.

PEDRO DE PABLO CONTRERAS

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: «Le adozioni dei minori nei sistemi italiano e francese». *Pubblicazioni dell'Università del Molise. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, 287 pp.*

Sorprenden encontrarse ante un ejemplar estudio comparativo sobre la adopción (mejor: los distintos tipos de adopción) entre dos legislaciones, próximas geográfica y culturalmente, que han sufrido una similar, aunque no idéntica, evolución normativa a partir del régimen consignado en sus respectivos Códigos, concretada aquélla en las reformas francesas de 1966 y 1976, e italiana de 1983. Pero sorprende menos si se recuerda la importante escuela comparatista italiana que en el ámbito civilista lidera el Profesor Sacco, y que cuenta con una nutrida nómina de cultivadores y excelentes publicaciones.

Dando por supuesto que el autor conoce la bibliografía de su país, hay que destacar el notable esfuerzo que ha realizado para sumergirse en la experiencia jurídica francesa sobre adopción, de suerte que no se reduce a una superficial exposición del derecho en vigor, sino que ha tratado de encontrar la última *ratio* de la institución, de su función en la sociedad y de la evolución que ha experimentado en los últimos años. No hay trabajo relevante sobre el tema que no haya consultado, así como una seleccionada jurisprudencia, que tampoco se ha reducido a la de la Cour Suprême, sino que alcanza a la de los Tribunales inferiores. No le resulta desconocida la doctrina española, aunque, obviamente, no ha alcanzado a consultar la recaída sobre la última reforma.

El resultado de esta cuidadosa investigación se ha recogido en cuatro capítulos en los que se expone: la evolución de los modelos de adopción arrancando de la *adoptio* y *arrogatio* romanas hasta llegar a lo que bien puede calificarse de «Edad de oro de la adopción» facilitada por las nuevas orientaciones sobre la familia y el desarrollo de los derechos de la persona humana; minucioso es el capítulo dedicado a los sujetos y a las condiciones de la adopción, con especial referencia a la figura del abandono que ha merecido la atención de la doctrina y de la jurisprudencia; profundo es el análisis que dedica a las funciones de la institución, centrando su atención en la adopción plena, así como en las finalidades marginales que cumple la adopción de mayores de edad; en cuanto al procedimiento, se fija especialmente el autor en el acogimiento pre-adoptivo y en la actuación judicial guiada por el interés del adoptado.

Es inevitable la comparación con nuestra Ley de 1987 para llegar a la conclusión de que, en algunos puntos, nuestro legislador ha ido más lejos que el modelo italo-francés; así ocurre la unificación del tipo, a que no se ha llegado en ningún otro país comunitario, objetivo auspiciado casi unánimemente por nuestra doctrina; en otros aspectos la reforma española parece más bien regresiva, como sucede en el excesivo grado de burocratización que ha alcanzado el texto vigente, con resultados poco convincentes y no pequeñas desarmonías jurisdiccionales (alguna Sala de lo Contencioso se ha declarado ya incompetente para entender de recursos contra resoluciones de las Comunidades Autónomas en materia de adopción y acogimiento); en este punto el derecho italo-francés parece mucho más respetuoso con los derechos de los padres por naturaleza que el nuestro, sin olvidar el principio básico del derecho del menor a insertarse en su propia familia, y, sólo supletoriamente, a hacerlo en la adoptiva.

Excelente monografía que puede servir de modelo de contraste para el estudio de la nueva adopción.

G. GARCÍA CANTERO

VON EICHBORN, Reinhart, y PUIME, Mario: «Wirtschaftsspanisch. Dictionario Económico-Empresarial. Deutsch-Spanisch». Editorial Lexiport. Verlag GmbH. Burscheid, 1989. Un volumen de 307 pp.

Hay que saludar con verdadero alborozo, desde el ámbito científico y de la praxis profesional más cotidiana, a los ilustres autores Von Eichborn y Puime por la tarea tan lograda que han realizado al llevar a cabo este diccionario económico empresarial en su versión alemana-española.

A la veteranía y gran prestigio de este autor alemán, uno de los mejores especialistas de la semántica germánica y anglosajona, donde su «Der grosse Eichborn» es ya un clásico en el campo de la traducción de ambas lenguas para los ámbitos del tráfico económico-jurídico y de la administración, se une ahora la juventud, inteligencia y tesón de un profesor universitario, jurista y economista por el ICADE, bilingüe y bien dotado para coronar esta obra y verterla a la lengua española.

La riqueza terminológica y de dicciones cultas, técnicas y vulgarizadas, así como los modismos de difícil traducción o parangón en los idiomas alemán y español, están aquí perfectamente sincronizados y puestos con una evidencia concreta y precisa para esa labor fundamental que es la interpretación de las normas jurídicas, civiles, mercantiles, económicas y administrativas dentro de un conflicto de intereses particulares o públicos.

El ingreso de España en el Mercado Común Europeo, su inmediata integración total, con un tráfico de capitales y de personas cada vez más intenso en sus negociaciones comerciales, de importación y exportación, las de trato directo, verbal o escrito, coloquial y documental, hacen necesarios instrumentos de clara comprensión como este valiosísimo Diccionario para lograr unas correctas y eficaces relaciones entre ambas comunidades idiomáticas.

Un ejemplo concreto de la labor precisa y eficiente, así como de su riqueza analítica en la terminología comparativa alemana y española, se puede ver y apreciar en la palabra «Geld», dinero, donde se llega a aquilatar cerca de mil dicciones en su empleo técnico, económico y jurídico.

Con este excelente diccionario tienen todas las personas que se acercan a ambas culturas un instrumento de conocimiento y trabajo muy cualificado, especialmente los letrados, abogados y jueces, economistas, banqueros y aseguradores, traductores simultáneos y todos aquellos que han de encontrarse ante un trato laboral, intelectual y amistoso fecundo.

Esperamos ya con impaciencia la doble versión «española-alemana» que seguirá a ésta y que completará esta gran y utilísima obra.

JOSÉ BONET CORREA

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

INTRUSISMO, INTERESES CORPORATIVOS Y LIMITES DEL DERECHO PRIVADO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990)

1. La sentencia

El Colegio de Agentes de la propiedad inmobiliaria de Oviedo demanda a la sociedad mercantil DURSA en juicio ordinario «sobre competencia profesional para cumplir funciones propias de los Agentes de la propiedad inmobiliaria», postulando que se declare como contraria a la Ley la realización de actividad mediadora en el mercado inmobiliario por parte de la demandada; que se declare la «incapacidad» de ésta para la realización de las funciones que especifica el artículo 1 del Decreto de 4-XII-1969; se pide igualmente que en el futuro se abstenga la demandada de realizar dichas actividades y que se condene a una indemnización por los daños causados como consecuencia de la actividad de intrusismo.

Consta probado que el objeto social de DURSA es amplio, referido al campo inmobiliario, pero que, con independencia del objeto social, la demandada se dedica a tareas de corretaje y mediación en el mercado inmobiliario. Parece que esta actividad se solapa en diversos anuncios bajo la apariencia de una «Consultora inmobiliaria».

El Juzgado de instancia estima los tres pedimentos de la demanda (declaración de competencia exclusiva, condena de abstención y cesación, y condena de indemnización). La Audiencia de Oviedo revoca la sentencia, absolviendo de todos los pedimentos a la demandada. El recurso de casación se motiva, sustancialmente, en la violación del Decreto de 1969, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios profesionales de Agentes de la Propiedad, en el que se reconoce como competencia propia de los agentes la actividad de mediación, y en los que se exige una determinada titulación profesional y la colegiación obligatoria, así como se prohíbe en su artículo 3 (nueva redacción por Decreto 55/1975), que sociedades anónimas se dediquen a este género de actividad. Entiende igualmente la recurrente que, si la Audiencia había estimado esta conducta como ajena al Derecho privado, debería haberse abstenido de conocer, con fundamento en el artículo 74 LEC.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos del recurso. La doctrina del Tribunal Supremo en este punto puede sintetizarse en las siguientes reglas:

— Cierta que el artículo 1 del referido Decreto de 1969 relaciona las operaciones de mediación y corretaje en el mercado inmobiliario como propias de los Agentes, y que esta condición se adquiere con la titulación adecuada y con la colegiación obligatoria. Pero nada dice el Decreto, sobre que esta competencia «propia» sea además una competencia «exclusiva». La exclusividad no sería además conciliable con la nota de voluntariedad asignada a los Agentes en el artículo 2.

— No existe tampoco en el Decreto norma alguna que establezca cuáles hayan de ser las consecuencias de la intervención en la mediación de persona distinta de un Agente colegiado.

— «Cuanto antecede» obliga a asumir los términos de la sentencia recurrida, según la cual las pretensiones del Colegio «transcenden del ámbito del Derecho privado por no afectar a intereses patrimoniales ni morales protegidos por el Ordenamiento jurídico, sino que, por contra, entran en el campo puramente corporativo».

— La Audiencia no llegó a pronunciarse sobre la existencia de un delito de intrusismo, sino que se limitó a considerar como posibles sanciones de Derecho público la prevista en su caso para el mencionado delito.

2. Mercado abierto y mercado cerrado como objeto de la acción declarativa

La actora pretendía de los Tribunales una sentencia que determinara el alcance de una norma. En concreto, del Decreto de 1969, que en este punto desarrollaba para un concreto ámbito del mercado la Ley de Colegios profesionales. Una pretensión de este tipo no hubiera tenido curso, con todo, si no hubiera estado combinada con una pretensión contenciosa contra una determinada persona. De por sí, no constituye «negocio civil» en el sentido del artículo 51 LEC una pretensión abstracta a la interpretación de una norma. El Tribunal Supremo no podría pues pronunciarse sobre si el artículo 38 CE o el artículo 1 del Decreto de 1969 consagran en el ámbito de la transacción inmobiliaria un mercado abierto o un mercado cerrado. Al tratarse de una acción declarativa, la *legitimatio ad causam* del Colegio hubiera debido superar un test de «interés» jurídico, que, tratándose de una declaración abstracta no conflictual, no se hubiera superado.

Sin embargo, la acción del Colegio es de tipo mixto. Junto a una pretensión declarativa se insta una doble pretensión de condena contra un particular. Quedaba, entonces, justificada en el caso la presencia de un interés «civil» en la interpretación previa de la norma. Y el Tribunal Supremo hubiera tenido que pronunciarse sobre ello aunque no hubiera sido articulada la pretensión declarativa.

La presencia o ausencia de un interés procesal civil es un tema que vuelve a plantearse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24-XI-1989 (*La Ley*, 3-V-1990). En este caso es el particular quien demanda al Colegio para que se declare su derecho a ejercer actividades de mediación inmobiliaria, sin someterse a las exigencias del Decreto regulador de los Colegios de Agentes de la Propiedad. El Colegio demandado excepcionó incompetencia de jurisdicción. La Audiencia se pronuncia correctamente, sosteniendo que, al no atacarse acto administrativo alguno ni discutirse la legalidad de una disposición reglamentaria,

los artículos 9.2 LOPJ, 51 LEC y 1 LJCA conducían necesariamente a sostener la competencia del juez civil.

Sin embargo, la Audiencia no considera la posibilidad de que la pretensión declarativa fuese inadmisibile por falta de un interés procesal relevante. El actor, en concreto, únicamente solicitaba una declaración positiva de su derecho a ejercer este tipo de actividades. Aunque la Ley 2/1974 reguladora de los Colegios profesionales reconozcan a éstos entre sus competencias la defensa de los intereses comparativos de sus miembros, esta competencia no es bastante como para conferirle una legitimación pasiva que *sustancialice* un proceso civil cuando la demanda de tercero es sobre declaración del alcance de una norma. Piénsese, por lo demás, que una pretensión declarativa sobre la titularidad abstracta de un derecho de este tipo implicaría poco menos que la declaración de nulidad del Decreto referido, en méritos de la Declaración Final 3 de la CE. Carecería, además, de significación civil alguna, dada la inexistencia de efecto de cosa juzgada. En efecto, con una sentencia en su contra —basada en una interpretación abstracta de una norma— el particular hubiera podido dedicarse a estas actividades prohibidas; contra esta dedicación, el Colegio no podría pedir «ejecución de sentencia», sino, de nuevo, una nueva acción civil de cesación. Desde luego, la desestimación de la pretensión declarativa no obsta a que en el futuro pueda ser articulado procesalmente por cualquier otra persona.

Otra cosa hubiera sido que el particular estuviera ya ejerciendo este tipo de actividades «industriales», y el Colegio le hubiese requerido o iniciado acciones para su cesación. La legitimación *ad causam*, la tenencia de un interés procesal, hubiera estado aquí justificada.

3. Mercado abierto, mercado cerrado

La sentencia del Tribunal Supremo comentada ha supuesto —de mantenerse el Tribunal Supremo en el futuro en estos términos— un golpe de muerte para una de las actividades de mercado que desde 1969 había caído bajo la clausura del gremialismo. Desde una consideración general, por tanto, la sentencia comentada no sólo constituye un tributo al principio de libertad de mercado, sino una conclusión jurisprudencial sobre lo que debe entenderse por Ordenamiento jurídico *civil*. En efecto, desde los tiempos de la Revolución francesa, *Derecho civil* ha sido considerado el espejo normativo de la sociedad civil, y ésta, como la superación del gremialismo estamental.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en cambio, desestimaré la pretensión declarativa del actor. En el Fto. 6 la Audiencia Provincial justifica de modo general la reserva en favor de los Colegios profesionales, con una generosa remisión a la discrecionalidad del legislador a la hora de establecer las parcelas de mercado que pueden ser clausuradas a la libre competencia. En el Fto. 7 sostiene una interpretación contraria a la del Tribunal Supremo sobre lo que debe entenderse por «actividad propia» del artículo 1, Decreto de 1969. Para la Audiencia Provincial «actividad propia» es «competencia exclusiva», interpretación que abonan su acepción gramatical en un contexto normativo de evitación del intrusismo y su conexión sistemática a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la colegiación obligatoria.

En este último punto hay que convenir con el criterio de la Audiencia Provincial. La interpretación que da el Tribunal Supremo sobre el concepto de «competencia propia» convierte al Decreto en poco menos que una norma inútil. Pues se limitaría a decir —de acuerdo a esta interpretación— que *también* los Agentes de la Propiedad inmobiliaria pueden dedicarse (como cualquier otra persona) a las actividades de mediación especificadas. Esta interpretación equivale a sostener un juicio de «demencialidad» del autor de esta norma.

Es igualmente inconsistente la interpretación del Tribunal Supremo relativa a la «voluntariedad» de la intervención de los Agentes. Ciertamente que los particulares pueden prescindir de ellos en sus actividades de tráfico inmobiliario. Pero es una deducción inadmisibles inferir de ello que, si optan por la mediación de un tercero, este tercero puede ser cualquiera, dado que los particulares podían haber optado por no acudir a nadie.

Esto no quiere decir que haya que rechazar de pleno la solución del Tribunal Supremo. Simplemente, que será preciso buscarle una argumentación congruente. Obsérvese que, de cara a esta eventual argumentación, la sentencia del Tribunal Supremo y la de la Audiencia Provincial no son necesariamente contradictorias. Lo que el Tribunal Supremo afirma en el fondo —dejando de lado su «incursión» interpretativa sobre el Decreto— es que no hay fundamento para reconocer la pretensión del actor. La Audiencia Provincial se limita por su parte a desestimar la pretensión del actor, declarando que la interpretación correcta del Decreto es la de atribución de exclusividad, y que semejante norma no es inconstitucional. Pero nada dice sobre una eventual pretensión (futura) del Colegio contra el particular. Porque lo que entonces habría que determinar es si aquella norma, aun no derogada e interpretada del modo dicho, constituye o no un *fundamento* para una pretensión civil.

4. El derecho a no asociarse

Hasta el presente ha sido muy escaso el aprovechamiento obtenido por el Tribunal Supremo en vía civil del derecho de asociación del artículo 22 CE. Los escasos pronunciamientos al respecto, ya comentados por uno de nosotros (Marín, CCJC 21 y *Poder Judicial* 14, 151 y ss.), no han versado hasta el presente sobre las eventuales consecuencias que en el orden civil pueda tener la vertiente negativa del derecho de asociación.

Existe, sin embargo, una nutrida jurisprudencia constitucional sobre este precepto. En concreto, y en orden a sistematizar esta doctrina, tenemos:

— El artículo 22 CC incorpora en su norma —y, por tanto, amparado en la inmunidad del «contenido esencial» del derecho fundamental— un derecho negativo a no asociarse o a retirarse de una asociación (SSTC 5/1981, 45/1985, 183/1989).

— El artículo 22 es igualmente un derecho de la propia asociación constituida, derecho fundamental en orden a su propia autorreglamentación (STC 218/1989).

— El artículo 36 CE (Colegios profesionales) contiene una reserva de ley. Pero dentro de ella el legislador goza de una amplísima libertad de decisión sobre cuándo una profesión debe sustraerse al ejercicio libre (STC 42/1986).

— La colegiación obligatoria no contradice el principio de igualdad (STC

123/1987) ni del derecho de libre elección de profesión (STC 89/1989). Ni contraría tampoco el artículo 22 CE, ya que el régimen de las asociaciones no resulta aplicable a los Colegios profesionales (STC 89/1989, 131/1989). Se señala, sin embargo —la contradicción interna del argumento es manifiesta— que a la libre decisión del legislador se impone como límite el artículo 22 CE.

— No es obligatoria la colegiación obligatoria en las Cámaras agrarias (SSTC 132/1989, 139/1989).

A los efectos que aquí interesa parece que debemos de deducir de la jurisprudencia constitucional que no existe un derecho individual negativo a no asociarse cuando el legislador, en uso de sus competencias, ha reservado o sustraído del mercado libre una determinada actividad o profesión. Hasta ahora sólo por lo que se refiere a las Cámaras Agrarias el Tribunal Constitucional ha realizado un control de «suficiencia» que vaya más allá de la mera constatación formal de que el legislador alega la existencia de un interés para imponer la titulación y colegiación obligatoria.

Pero debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional sostuvo en la sentencia 139/1989 la necesidad de considerar «la relevancia del fin público que se persigue y la imposibilidad o al menos la dificultad de obtener tal fin sin recurrir a adscripciones forzosas a entes corporativos».

Creemos, en efecto, que en la sentencia ahora comentada el Tribunal Supremo ha realizado un análisis sobre la «consistencia» de la finalidad social que exigiera la clausura de esta parcela de mercado. Estamos plenamente seguros que si el actor hubiera sido un Colegio oficial de médicos, o de abogados, o de arquitectos, etcétera, la pretensión hubiera sido estimada. El Tribunal Supremo no hace explícito este argumento ni esta precomprensión. Si es tal como pensamos, se trataría de una cautela innecesaria, pues un Tribunal civil está capacitado plenamente para hacer un análisis de consistencia del fin que justifica o ampara una clausura de mercado realizado por una norma con rango inferior de ley (art. 6 LOPJ). El Tribunal Supremo hubiera podido haber dicho que el Decreto en cuestión contrariaba el artículo 38 CE o el artículo 1.255 CC; esta declaración hubiera sido discutible, pero nunca extralimitada.

5. La «trascendencia» al Derecho privado

Se trata éste, sin duda, de un razonamiento singular, realizado por la Audiencia y asumido por el Tribunal Supremo: los intereses del Colegio «trascienden» fuera del ámbito del Derecho privado. El Tribunal Supremo no se cuida, con todo, de perfilar el significado de esta máxima. Y es que la expresión admite dos significados, radicalmente distintos. *Trascender* puede querer decir que el Derecho privado carece de respuesta a la demanda formulada; puede significar también que se dispone de una respuesta, pero que ésta es negativa.

El artículo 11.3 LOPJ (los jueces «resolverán siempre sobre las pretensiones que se les formulen») recoge un viejo principio, institucionalizado originariamente en el artículo 4 del Code Napoléon: el juez no puede negarse a resolver bajo excusa de oscuridad o ausencia de ley. Más aún, antes de la reforma del TP del CC, el catálogo de fuentes del Derecho era un catálogo de criterios de decisión escalonados con el objeto de impedir un pronunciamiento de *non liquet*.

Ello es claro en la sentencia comentada: el Tribunal Supremo *tiene una respuesta* a la demanda formulada; ocurre sólo que la respuesta es negativa.

El juez civil puede apreciar esta «trascendencia» en diversas fases del proceso:

a) Puede estimarse que la pretensión no compete al orden jurisdiccional civil. En este caso el juez «incompetente por razón de la materia podrá abstenerse de conocer» (art. 74 LEC), sin necesidad de un estímulo procesal de la parte contraria. Esta, a su vez, puede excepcionar la incompetencia de jurisdicción por la vía del artículo 533-1 LEC.

b) La pretensión puede ser abusiva. El artículo 11.2 LOPJ obliga al juez a «rechazarla fundadamente». Sería éste el caso cuando se estimara que el Colegio profesional ha promovido una cuestión banal, obligando con ello a un pronunciamiento en justicia.

c) La pretensión puede no estar fundada en Derecho. Ello ha de ocurrir siempre que no haya norma que fundamente la corrección de la pretensión. Aunque en un sentido abstracto el particular dispone de un derecho de acción, como derecho de poner en funcionamiento el aparato de la Justicia, carecería —supuesto el caso— de una acción en sentido material. Habría que suponer entonces que no existe regla alguna que haga nacer en cabeza del actor un derecho subjetivo privado.

El Tribunal Supremo en esta sentencia de la disyunción entre Derecho y Proceso. El actor puede poner en funcionamiento la maquinaria Judicial, como un derecho fundamental a obtener una resolución fundada. La «trascendencia» habrá entonces de apreciarse en el fondo del asunto, dando lugar a una decisión desestimatoria. Esta remisión *al fondo del asunto* es congruente con el mandato constitucional (art. 24 CE).

«Trascendencia» equivale, por tanto, a inexistencia de acción *concreta*, carencia, en fin, de Derecho material que confiera una titularidad jurídico-privada. También ocurre lo propio cuando el Tribunal Supremo habla de desestimación por «falta de jurisdicción y competencia» en la sentencia 16-II-1988; el juez civil carece de «jurisdicción y competencia» para declarar que el actor es *hidalgo de nacimiento*; pero esta carencia de «competencia» no se traduce en inadmisión *in limine litis*, sino en desestimación sobre el fondo.

6. La competencia civil

El Tribunal Supremo al no estimar el motivo que acusa exceso de jurisdicción. En efecto, no había en el caso un orden jurisdiccional alternativo que pudiera arrogarse la competencia sobre el caso.

No existía una prejudicialidad penal. El juez civil no tenía que suspender el proceso, dado que ni antes ni después se había iniciado un procesal penal sobre el mismo caso (art. 114 LECr). Correspondía, en segundo lugar, a la discrecionalidad del juez civil decidir si estábamos en el caso del artículo 362 LEC. Según esta norma, el juez o tribunal suspenderán el fallo del pleito «cuando hubieren de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito». La norma citada no obliga a suspender cuando el juez aprecie la existencia de delito (intrusismo), sino cuando de esta declaración dependiera el resultado del pleito. Y «no depende» el pleito de esta existencia de delito si el Juez civil: a) entiende que hay otro fundamento alternativo, civilmente adecuado, para fundamentar el fallo; por ejemplo, que con independencia de la existencia de intru-

sismo penal, existe a favor de los Agentes de la propiedad un derecho de exclusiva, derivado, por ejemplo, del Decreto de 1969; b) entiende que la norma penal tiene una *eficacia civil refleja*; esto es, que *protege o crea* titularidades jurídico-privadas, en cuyo caso al juez civil le ha de bastar acreditar la concurrencia del *supuesto de hecho de la norma*, obviando su calificación penal.

No se opone a esta última consideración el artículo 10.2 LOPJ. La suspensión del procedimiento civil sólo viene exigida si la cuestión prejudicial penal es de aquellas de las que «no puede prescindirse o que condicione (n) directamente» la decisión sobre el fondo. Y no condicionaba el fondo la eventual existencia de un delito de intrusismo.

El orden competente no podría ser tampoco el contencioso administrativo. El Colegio no discutía la legalidad de un acto administrativo (arts. 1 LJCA y 9.4 LOPJ) ni pedía la declaración de nulidad de una norma reglamentaria. Tampoco hubiera existido esta competencia si el particular fuera quien impugnara la validez del Decreto de 1969, pues el juez civil hubiera podido declarar que estaba derogado por la Constitución; el Tribunal en este caso no se limitaría a declarar la ilegalidad de un reglamento, sino la inexistencia de norma aplicable en base a un reglamento derogado. Más aún, incluso el Tribunal civil podía simplemente haber inaplicado la disposición reglamentaria, absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno sobre su eventual contravención al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

7. La posible conducta delictiva

No nos interesa especialmente en este lugar saber si el demandado estaba incurso en algún tipo penal. Debe observarse que de los hechos probados no se llega a saber si la sociedad mercantil estaba compuesta únicamente por agentes de la propiedad o también por terceros. La cuestión no es intrascendente, porque para que exista delito de intrusismo no basta que el particular no esté colegiado, requiriéndose que carezca de la titulación adecuada (STS, 2, 13-V-1989; cfr., jurisprudencia penal en Salón, RJC, 1983, 52).

Si los socios de DURSA son agentes titulados no existe delito de intrusismo. Téngase presente que el Colegio reprocha a la demandada el actuar en el tráfico bajo forma de sociedad anónima, lo que no está permitido por el artículo 3 del Decreto meritado. Pero esta circunstancia no basta para fundamentar la existencia de delito si no se acompaña el hecho de que los socios de DURSA carezcan de la titulación exigida.

Tampoco puede afirmarse que DURSA sea una asociación ilícita del artículo 173.1, CP, pues no tiene como objeto la comisión de hechos calificados como delito. El objeto social de DURSA es muy amplio, abarcando todo tipo de actividades inmobiliarias. Otra cosa es que su conducta efectiva sea la de prácticas de mediación inmobiliaria.

8. La «inmunidad» frente al Derecho público

Realmente el Tribunal Supremo no desestima la demanda como consecuencia de haber sostenido previamente una determinada interpretación sobre el artícu-

lo 1 del Decreto 6.248/69. La demanda se desestima porque el Tribunal Supremo minusvalora la relevancia de esa norma administrativa, cualquiera que fuese su interpretación. Que no se atreva a decir eso mismo el Tribunal, y acuda cautelarmente a una interpretación forzada de la norma, sólo sirve para poner de manifiesto las dudas que los propios tribunales civiles tienen a la hora de fundamentar su «inmunidad» frente a las normas no civiles.

No existe ninguna regla de Derecho ni ninguna doctrina jurisprudencial explícita que instaure ese principio de inmunidad. Pero su aplicación se concreta en ciertos ámbitos relevantes:

a) Aun después de la reforma del artículo 1.962 LEC en 1984, el Tribunal Supremo sigue manteniendo la anterior doctrina de que «ordenamiento jurídico» en el sentido del artículo 1.692.5 sólo lo es el Derecho privado. La fórmula de rechazo al acceso a casación no está, con todo, clara. Se dice que no tienen acceso a la casación las «disposiciones administrativas o con rango inferior de ley» o «disposiciones de carácter reglamentario o administrativo». No se sabe muy bien si el veto a la casación proviene del carácter administrativo, de la naturaleza reglamentaria o de ambas cosas a la vez.

Esto, por supuesto, no quiere decir mucho. En primer lugar porque todavía tiene el Tribunal Supremo la tarea pendiente de explicar qué es una «norma civil». En segundo lugar porque, cuando se considera conveniente, se admite la casación sobre normas reglamentarias o de naturaleza civil (vgr. disposiciones sobre adquisición de inmuebles por extranjeros, urbanísticas, precios máximos, etc.). En tercer lugar porque con esta doctrina el Tribunal Supremo no rechaza que semejantes disposiciones hayan sido o puedan ser aplicadas en el proceso de instancia; únicamente renuncia a ejercer sobre ellas su competencia de fiscalización a efectos de unificar jurisprudencia.

b) En un segundo nivel, el Tribunal Supremo inmuniza las relaciones jurídico-civiles mediante el expediente de limitar el alcance del artículo 6.3 y del artículo 1.255 CC. Esta inmunización es mucho más intensa que la anterior, pues se traduce en una declaración de irrelevancia de ciertas normas (vigentes) para traducir sus efectos a los negocios entre particulares. Cuando lo que está en juego es la validez de contratos entre particulares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es notablemente restrictiva a la hora de conceder el privilegio de calificar como *lex perfecta* a las normas no civiles. El juicio de nulidad contractual es altamente selectivo. Y lo es mucho más cuando los contratos entre particulares son de aquellos que tienden a producir un intercambio de bienes o servicios.

Baste como compendio de esta jurisprudencia la sentencia del Tribunal Supremo de 17-X-1987. Según esta sentencia —que, repito, compendia la posición del Tribunal Supremo— la norma que pretendiera efecto de validez como *lex perfecta* tendría que superar en último extremo el test de la «causa torpe» (más concretamente, causa ilícita): la contrariedad a la ley imperativa o al orden público sólo puede dar a nulidad si su intensidad permite retraducirla a un defecto de causa en el sentido del artículo 1.275 CC.

En la sentencia que ahora comentamos, el supuesto versa sobre contratos de mediación celebrados por DURSA con terceros. El tema ni tan siquiera se plantea, pero de admitir la «competencia exclusiva» de los agentes colegiados quedaría por responder la cuestión de la validez de los contratos celebrados por DURSA con terceros. Es claro que no pensamos en una acción de nulidad instada

por el Colegio; por mucho que pueda tener un «interés» en ello (que es lo que se exige para la legitimación activa en la nulidad absoluta), parece fuera de duda que semejante pretensión hubiera sido rechazada.

Nos referimos a la nulidad instada por la otra parte contractual que, eventualmente, hubiera celebrado los contratos con DURSA. Estimamos que la pretensión hubiera (y debiera), haber sido igualmente rechazada. No sólo porque el Decreto referido no impone directamente la nulidad (exigencia que también se constata en la doctrina del Tribunal Supremo), sino porque la afectación de los contratos privados hubiera sido exclusivamente *indirecta*. Tratamos de poner de relieve que en este campo debe regir la siguiente regla: la norma «administrativa» que atribuye una competencia exclusiva no es proyectable en forma de nulidad sobre los contratos celebrados por quien actúa injiriéndose indebidamente en aquella competencia reservada. O, todavía con más generalidad: la norma administrativa que condiciona a determinados presupuestos «autorizados» (la titulación profesional puede considerarse como tal) la corrección de una cierta actividad de tráfico, no sirve para fundamentar la nulidad de los contratos privados producidos en este tráfico.

c) La tercera aplicación del principio de inmunidad puede formularse así: inmunidad frente a normas «no civiles» que atribuyen derechos de exclusiva o monopolio. Pero esto exige una mención separada, que pasamos a exponer.

9. La atribución de derechos de exclusiva

Las normas de Derecho privado se diferencian de las normas de Derecho público en que atribuyen a su destinatario una parcela de exclusiva en la gestión de un interés, para cuya defensa dispone de una acción en juicio; y no meramente se limita a conceder de modo reflejo una expectativa o interés en el cumplimiento abstracto de la norma por terceros o por la propia Administración. Nadie tiene reconocido un derecho a que su vecino pague sus impuestos, sino un interés en que así ocurra. Pero sí tiene un derecho de exclusiva de que el vecino no venga a tomar el sol a su jardín. El primero es un mero interés; el segundo, con expresión clásica, un *ius quaesitum*.

Los artículos 348 y 1.091 CC o el artículo 1 de la LO de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen, atribuyen derechos a los particulares, ya sobre un determinado bien, ya sobre una conducta ajena. Si una norma penal viene a reproducir en su propio ámbito esa protección (hurto, injurias, estafa, etc.), la protección penal es un «espejo» de un derecho o exclusiva previamente creado por la ley civil.

En el caso de nuestra sentencia no hay una ley civil que atribuya una posición de exclusiva. Si bien se piensa, el CC desconoce que sobre las *actividades* pueda existir una exclusiva similar a la que puede reconocerse sobre las cosas. El CC no conoce una reserva sobre prestación de servicios. Parte más bien de un derecho difuso y general que se instrumentaliza en el intercambio por medio de contratos (arrendamiento de obras y servicios). No se concibe la «venta» de servicios ajenos, reservados en exclusiva a favor de un tercero o una clase.

Existían, en cambio, dos normas concurrentes. El artículo 321 CP y el artículo 1. Decreto de 1969.

Por lo que se refiere al primero, el problema puede plantearse en estos términos: el CP parte de que una norma externa, no penal, ha creado un monopolio sobre determinadas actividades, y sanciona penalmente la infracción de ese monopolio. Se trata de una norma penal protectora de los intereses de determinadas clases (una *Schutznorm*, en la terminología alemana). Sería absurdo negar que el daño de intromisión no es resarcible civilmente cuando lo es penalmente por la vía del artículo 101 CP, toda vez que nuestro Derecho de daños no conoce otras restricciones particulares a la indemnización sino la existencia de un daño producido a tercero. Podemos dudar si la norma penal atribuye igualmente un derecho de exclusiva en vía civil, pero no se puede negar que la intromisión puede dar lugar a resarcimiento.

Claro está que cuestión distinta en este caso es determinar la existencia de un daño y proceder a su liquidación. Aunque parece cierto que no existe correlación necesaria entre derecho subjetivo y daño indemnizable, en el caso presente hay que dudar que pudiera darse un daño relevante jurídicamente por el ejercicio de una actividad que el Tribunal Supremo *declara como libre*. Sería en cualquier caso un daño producido en el uso lícito de la competencia. Pero una afirmación del tipo de que la competencia es exclusiva y, sin embargo, trasciende al derecho privado, no hubiera excluido de por sí el derecho de resarcimiento de daños. Es decir, el Colegio no podría «reivindicar» mediante una acción real (cesación) esa parcela de exclusiva, pero sí podría demandar el daño de intromisión.

El artículo 1 del Decreto de 1969 ya nos es conocido. Hay que completarlo con el artículo 5 1) de la Ley de 1974 reguladora de los Colegios profesionales, que establece como competencia propia de los colegios la defensa de los intereses de sus miembros. Pues bien, es en este punto donde se esconde la auténtica *ratio* de la sentencia. A saber: que, independientemente de la interpretación que merezca el tenor de la norma, ésta no atribuye posiciones de exclusiva en forma de derechos (subjetivos) privados.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo afirma algo semejante referido a «normas no civiles». Por ejemplo, es constante la jurisprudencia que afirma que de los Planes de urbanismo no nacen pretensiones privadas de los particulares, con objeto de pretender de un tercero el sometimiento a la norma (Carrasco, CCJC 1).

En nuestra opinión, el argumento está invertido. No puede partirse de una previa calificación de la norma como civil o no civil, para deducir después la atribución interprivada de posiciones de exclusiva de alcance reaccional (es decir, articulables frente a terceros). Hay que examinar previamente el contenido de protección de la norma para deducir de ella si su finalidad y sentido imponen la concesión de una posición de exclusiva defendible interprivados. Porque aquí hay que afirmar que existen (cada vez más) «normas civiles» que no conceden derechos defendibles interprivados. Por ejemplo, la Ley de Consumidores del año 1984, creando un catálogo de «obligaciones» del fabricante o vendedor o un catálogo de «derechos» del consumidor que son civilmente intraducibles (vgr., obligación de información, derecho a la seguridad personal).

Creemos que una norma (cualquiera) no atribuye una posición de monopolio cuando se limita a declarar lícita sin más una determinada actividad. Tampoco cuando se trata de una norma que crea un sujeto de Derecho público o privado y le atribuye sin más una competencia. Tampoco, en fin, las que sin más requie-

ran un presupuesto para el ejercicio de una actividad o empresa; por ejemplo, aunque según la legislación urbanística sólo pueden edificarse las fincas que merezcan la calificación de solares, el dueño de un solar carece de una posición exclusiva que le permita pretender en forma reaccional (acción de cesación) que no edifique su vecino, cuya finca no es solar. No se atribuye un derecho de exclusiva, tampoco cuando una norma concede a un sujeto un derecho «positivo» (íd. est. facultad de hacer algo), pero legitima al mismo tiempo las injerencias de tercero.

El problema aquí es que la creación de un presupuesto necesario (titulación, colegiación) viene acompañada con una reserva competencial («funciones propias»). Es decir, que junto al ámbito de legitimación propia de los agentes (competencia propia), existe un derecho en exclusividad susceptible de ser defendido reaccionalmente (cesación) frente a intromisiones ajenas.

El argumento debe ser todavía profundizado. Dijimos anteriormente que no dudábamos que el Tribunal Supremo hubiera admitido las pretensiones articuladas si en lugar de un colegio de Agentes de la propiedad inmobiliaria se hubiera tratado de un Colegio de Médicos o de Notarios, etc. ¿Por qué? Sencillamente, porque es posible que en el ánimo del Tribunal Supremo (y previamente en el de la Audiencia) lata el convencimiento de que la reserva de exclusiva en este caso no obedezca a una «razón suficiente». Es algo que, por lo demás, comparten no pocos ciudadanos, extrañados de que se exija una titulación y colegiación para una actividad consistente en participar del «buen bocado» de la especulación inmobiliaria.

10. La competencia desleal

El Colegio menciona de pasada la competencia desleal a la que se ven sometidos los agentes a causa del intrusismo. Sobre este extremo el Tribunal Supremo no se pronuncia, quizá por considerarlo innecesario una vez que se admite que la competencia no es exclusiva.

En el momento en que se producen los hechos denunciados se hallaba vigente el artículo 131 EPI. Es claro que en virtud de esta norma no había lugar a condenar como desleal la conducta de la demandada. Ni los derechos en cuestión eran derechos adquiridos en virtud del Estatuto de la PI, ni la actividad de DURSA podía considerarse como una explotación de esfuerzos ajenos (*Ausbeutung*, como una de las formas de concurrencia contraria a las buenas costumbres).

En realidad es que no puede decirse que la conducta del intruso suponga un acto de deslealtad atentatoria de la posición de los agentes en el mercado. La actividad de DURSA no genera confusión, ni limita servilmente productos o servicios ajenos, ni concurre parasitariamente con los agentes ni los denigra, ni incita a los particulares a la ruptura de contratos con los agentes.

Tampoco estamos ante prácticas que atenten contra la autonomía del consumidor a la hora de formar sus decisiones sobre el mercado. No consta que la publicidad de DURSA estuviera falseada; que se presentara, por ejemplo, como una asociación de Agentes colegiados.

Nuestro derecho vigente no conoce una forma de deslealtad que, sin embargo, ha sido considerada incluida por la doctrina alemana en la cláusula general de

concurrencia desleal. Nos referimos al *Rechtsbruch*, la obtención de un puesto o ventaja competencial por la violación de una norma (Cfr. Baumbach-Hefemehl, *Wettbewerrecht*, 1986, 845 y ss.). Este especial tipo de deslealtad competencial ha sido propuesto también recientemente por nuestra doctrina (Menéndez, *La competencia desleal*, 1988, 122) y se hará derecho vigente de aprobarse el actual Proyecto de competencia desleal (art. 16).

Sobre este último punto creo, no obstante, que proceden algunas aclaraciones. La doctrina alemana distingue al respecto entre diversos tipos de normas y diversos grados de conducta, a efectos de cualificar esta competencia ilícita como competencia desleal. Obsérvese que el Decreto de 1969 es una norma que afecta directamente a la competencia, pero no con objeto de mantener la *par conditio concurrentium*, sino precisamente para excluirla. Se trata más bien, de una norma de disciplina del mercado, y que la «ruptura del derecho» no se produce aquí con objeto de crearse una posición monopolística, sino más bien todo lo contrario. Si no se toman en cuenta éstas y otras consideraciones acabará calificándose como desleal toda competencia que es (simplemente) prohibida. Existe, creemos, una notable diferencia entre incumplir normas administrativas sobre precios o sobre apertura de locales (incumplimiento que tiende a procurarse una ventaja sobre el resto de los competidores) e incumplir una reserva de competencia a favor de una determinada clase o grupo.

La particularidad que la declaración de deslealtad competencial añadiría a éste supuesto versa sobre el fundamento de la legitimación. Se entiende hoy por la doctrina española —de acuerdo a la evolución operada en este punto por la propia doctrina alemana— que las normas que regulan la competencia desleal no conceden derechos subjetivos a los agentes del mercado, ni se protegen, por ende, derechos absolutos ni posiciones de exclusiva cuyo objeto fuera una determinada conducta ajena o un bien jurídico (clientela). Las normas reguladoras de la competencia serían normas objetivas de conducta y la deslealtad competencial un «abuso institucional» del derecho de libre iniciativa, no una infracción de derechos ajenos. El fundamento de la pretensión debería hallarse entonces en el artículo 7 CC.

Si ello es así, quedaría resuelta, por innecesaria, la cuestión de la titularidad exclusiva que pueda derivar del Decreto de 1969. La legitimación para la pretensión civil quedaría fundamentada abstractamente. La pretensión inhibitoria articulada por el Colegio no hubiera estado basada en un derecho subjetivo de sus miembros, sino en una defensa «representativa» o fiduciaria de los intereses generales en el correcto funcionamiento del mercado.

11. Legitimación y acciones de condena

Lo singular de nuestro caso es que la demanda se interpone por un Colegio profesional. Esta circunstancia conlleva ciertas particularidades.

Una vez que se reconoce de modo general la titularidad de una acción concreta de los agentes para impedir el intrusismo (bien con base a un derecho exclusivo, bien con fundamento en la competencia desleal), no se puede objetar nada contra la presencia del Colegio en el proceso. Es una «competencia» atribuida por el artículo 5 de la Ley de Colegios profesionales.

Sin embargo, debe en cualquier caso rechazarse la pretensión indemnizatoria.

El Colegio podía haber reclamado daños y perjuicios si se hubieran dañado bienes propios (patrimoniales o morales), pero nunca por el daño individual que puedan haber sufrido sus miembros. En el Derecho español no puede admitirse una legitimación de grupos para pretender resarcimiento de daños causados —lo que hay que probar— a sus miembros (Cfr., art. 25 Ley General de Publicidad). Es preciso para ello un interés concreto dañado por la conducta ajena. Y ello debe afirmarse aunque el fundamento de una eventual sentencia estimatoria hubiera de encontrarse en la deslealtad de la competencia de DURSA. Esta es doctrina asentada en materia de competencia desleal: las corporaciones no están legitimadas para reclamar daños concretos, sino únicamente para pretender una condena «abstracta» de cesación de actividad (Cfr., Baumbach-Hefermehl, 372). También esto será Derecho vigente si se aprueba el Proyecto de Ley de competencia desleal (art. 20).

Ni tan siquiera cualquier agente de la propiedad está en condiciones de reclamar un daño abstracto o nominal. Tiene que tratarse de un agente «dañado» por la conducta de DURSA. Y no se podría admitir aquí un «prorrato» de las ganancias de DURSA, imputándolas *pro parte* al lucro cesante de cada agente.

La sentencia rechaza la demanda del Colegio por no tratarse de una competencia exclusiva. Si, reconociendo el carácter exclusivo de la competencia, hubiera desestimado la pretensión de daños, esta sentencia no supondría cosa juzgada para cada uno de los agentes *uti singuli*.

Una pretensión de enriquecimiento por parte de los agentes no hubiera prosperado en este caso. En primer lugar porque aquí si hubiera sido preciso la «difuminación» de los titulares de la exclusiva impediría imputar el enriquecimiento obtenido a un determinado patrimonio ajeno.

El Colegio no podía haber solicitado la nulidad de la sociedad demandada, pues ésta no estaba incurso en ninguna de las causas del artículo 34 LSA (TR. 1989). Su objeto social no era ilícito, aunque pudiera serlo su efectiva actuación en el mercado. De acuerdo con la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 1 del Decreto de 1969, tampoco podía resultar aplicable el artículo 3 del mismo ni aunque el objeto social de DURSA fuera el realizar las actividades de mediación y corretaje mencionadas en el artículo 1. En efecto, si no es preciso que se tenga la adecuada titulación, tampoco será preciso que los miembros de la persona jurídica sean todos agentes de la propiedad (lo que exige el art. 3); y si esto no es exigible, tampoco lo sería la necesaria sumisión a la forma asociativa o a la de sociedad mercantil colectiva o comanditaria.

Todavía este último punto puede resultar discutible. Por mucho que se quiera minusvalorar la fuerza del Decreto de 1969, la imposición de una determinada forma de personificación jurídica debería exigirse con carácter general. De otra forma sí que DURSA se habría creado una posición de privilegio en el mercado al haber aprovechado las ventajas de una forma de sociedad anónima, prohibida por las leyes. De todas formas, repetimos, ello hubiera sido así si el objeto de DURSA hubiera sido específicamente el de realizar actividades de mediación y corretaje; no cuando su objeto social es más amplio y difuso, aunque no su tráfico efectivo.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Ana CAÑIZARES LASO
Gabriel GARCIA CANTERO
Francisco LLEDO YAGÜE

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

Cómputo del plazo. Impugnación de acuerdos sociales.—Según tiene declarado esta Sala en sentencia de 30 de enero de 1974, el cómputo ha de producirse sin incluir el día en que fue adoptado el acuerdo impugnado, siguiendo la regla general prevenida en el número 1, del artículo 5 del Código civil, lo que viene avalado por la interpretación del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas y deducirse de la orientación seguida por el ordenamiento jurídico español.

Computación civil.—No existe en nuestro Derecho un cómputo de momento a momento (natural), sino de días enteros (civil), que ya expresamente preveía el antiguo artículo 7 del Código civil cuando indicaba que si en las leyes se habla de días se entenderá que son de veinticuatro horas, o sea completos. (**Sentencia de 7 de junio de 1989**, no ha lugar.)

NOTA.—Se alega en el recurso de casación que el plazo de 40 días para la impugnación de acuerdos sociales (art. 68 de la Ley de Sociedades Anónimas) *había caducado al tiempo ser presentada la correspondiente demanda*, considerándose que a efectos del cómputo debía tenerse en cuenta el día correspondiente a la fecha en que se adoptó el acuerdo impugnado. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (A.C.S.).

Reclamación de cantidad. Doctrina de los actos propios.—A propósito de que si la causa motivadora de la aplicación de la teoría de los actos propios es la creación de una situación jurídica, esta circunstancia no puede apreciarse producida en los demandantes, cuando precisamente formulan solicitud en el juicio originado por la demanda contraria a las expresiones de que esa vinculación de propios actos se pretende deducir, y que además vienen contradichos por el propio

comportamiento del demandado al reconocer expresamente en escrito-solicitud de liquidación del impuesto sucesorio derivado de la herencia de sus causante y padre la correspondencia a ella de un negocio de elementos de transporte y maquinaria agrícola. (STS de 13 de julio de 1989, no ha lugar.) (F.L.L.Y.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Contrato de opción de compra. Condición resolutoria tácita.—Es inaplicable la condición resolutoria tácita al contrato de opción de compra en litigio por su naturaleza de contrato unilateral en este caso concreto.

Cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios.—Lo son de hecho y corresponde su conocimiento a los Tribunales de instancia, cuya facultad para señalar, según las circunstancias del caso concreto, el montante indemnizatorio no está sometida a la censura de la casación.

El incumplimiento constituye un daño «per se».—Es doctrina jurisprudencial que la doctrina de que el sólo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya «per se» un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral.

Cuantía de la indemnización.—Al aplicar analógicamente el artículo 1.454 del Código civil, el Tribunal «a quo» no hace sino fijar en el correcto uso de su facultad soberana la indemnización que estima pertinente, acudiendo para el señalamiento de su cuantía al módulo que representado el citado artículo, de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro. (Sentencia de 30 de septiembre de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—Las partes concertaron un contrato de opción de compra sobre un piso y plaza de garaje, estableciendo como precio de la futura compraventa el de 8.700.000 pesetas; como prima de la opción se fijó la cantidad de 500.000 pesetas que la concedente recibió en el momento de la firma del contrato. La concedente comunicó a la otra parte la rescisión unilateral del contrato de opción de compra al amparo de la cláusula VIII del mismo con la devolución de las 500.000 pesetas. Pero la misma le comunicó por conducto notarial su voluntad de ejercitar la opción de compra y, en caso de incumplimiento, procedería judicialmente de inmediato. En la demanda solicitó la condena de la demandada al cumplimiento del contrato de opción de compra y al otorgamiento de la escritura pública de venta y, subsidiariamente, a que fuese condenada a satisfacerle una determinada cantidad.

La Audiencia Territorial dictó sentencia confirmatoria de la del Juez de Primera Instancia que condenaba a la demandada a satisfacer la cantidad solicitada en la demanda. El Tribunal Supremo rebaja esta cantidad. (A.C.S.).

Deudas de dinero: requisitos para el devengo de intereses.—«Es conocida, notoria y permanente la doctrina de esta Sala, según la cual no pueden devengar intereses deudas que estén sujetas a depuración, liquidación y concreción a través de un necesario procedimiento judicial como aquí acontece (SS. 30-30-81, 25-11-83, 9-2 y 20-10-88).»

Intereses moratorios.—«...la aplicación del artículo 1.108 del Código civil es el operante en esta circunstancia del caso debatido dado que no existe convenio explícito sobre la indemnización de daños y perjuicios, habida cuenta de que dicha indemnización consecuenta a la mora en el pago de una cantidad de dinero es siempre el pago de los intereses convenidos y en su defecto el interés legal, que como se dice en múltiples sentencias, entre ellas las de 21-10-86, 20-2 y 20-12-1988; la Ley de 26-12-80 asumida y perfeccionada por la Ley de 6-8-1984, que dio nueva redacción a la LEC y entre ellos el artículo 921, párrafo cuarto, corrigió las injustificadas demoras en el pago de cantidades una vez liquidadas, aunque fuera a través de un proceso judicial...»

Devaluación monetaria. Cláusulas de estabilización.—«En punto a la devaluación monetaria, que es un fenómeno producto del progreso y del estímulo productivo, no ha encontrado aún una normativa general que pueda ser aplicada y por ello se ha dicho tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia que, salvo los casos en que se ha regulado específicamente en determinadas materias —como es «ad esemplum» la corrección en el cómputo de beneficios a efectos fiscales con el señalamiento de coeficientes en función del tiempo transcurrido en las inversiones que los generan—, en el ámbito civil, volvemos a repetir, en términos generales sólo ha encontrado su cauce por vía de la previsión contractual consensuada por medio de las denominadas cláusulas de estabilización; cláusulas de valor u otras con el mismo propósito, pero que fuera de estas previsiones sólo es utilizable el artículo 1.108 del Código civil con el refuerzo legal que con ánimo de enmendar demoras injustificadas en el pago de lo debido, ha venido parcialmente a llevar tal vacío el artículo 921-4 de la LEC ya invocado.»

No vinculación del juez al dictamen pericial.—«El motivo no puede prosperar por cuanto dichos preceptos sustantivos nos remiten al artículo 632 de la LEC y éste a su vez a las reglas de la sana crítica que como discrecionales son de la absoluta soberanía del Juzgador de no incurrir en deducciones irracionales lo que aquí no acontece, máxime cuando dicho Juzgador ha obtenido la conclusión de todo el material probatorio y no está vinculado por un dictamen pericial aunque sea practicado para mejor proveer como se tiene sentado en la doctrina de esta Sala, pues es uno de los instrumentos a disposición de la facultad impulsora del proceso del Juez y con la finalidad de obtener una perspectiva más amplia del hecho enjuiciado.»

Fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.—«El tercer motivo... invoca el artículo 1.248 del Código civil como transgredido al dar fiabilidad al testigo Sr..., lo que no puede prosperar pues tal precepto no impone ninguna norma rígida de valoración de la prueba testifical, dejando al Tribunal su ponderación, que es lo que en este caso ha realizado en coordinación con otras numero-

sas pruebas, por lo que no elícito pretender hacer prevalecer la opinión o tesis de la recurrente sobre la estimación obtenida por el Tribunal.» (STS de 15 de julio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—Fomento de Obras y Construcciones, S. A. (FOCSA) y AGF de Seguros reciben un contrato de ejecución de obra a precio alzado y plazo fijo. Las diferencias surgidas en cuanto a lo injustificado del retraso en la ejecución y entrega de la obra y la negativa al pago del precio de ésta terminan en el Juzgado de 1.^a Instancia quien estimando en parte la demanda de FOCSA y la reconvenición de AGF condena a la primera al abono de determinada penalidad en razón del retraso y a la segunda al pago de cierta cantidad más los correspondientes intereses en concepto de indemnización. Apelan ambas entidades y la Audiencia estima en parte el recurso promovido por FOCSA. El Tribunal Supremo estima también en parte los recursos de casación interpuestos por FOCSA y AGF. (R.G.S.).

El devengo de intereses como objeto del recurso de casación. Carácter excepcional del artículo 1.687 de la LEC.—«...según el precepto que se invoca no pueden ser objeto de casación puntos sustanciales no controvertidos o no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. Sin embargo, teniendo en cuenta la materia del recurso, como el artículo 921, p. 4 de dicha Ley procesal resulta que la cuestión de devengo de intereses ha de analizarse de oficio, dado el texto literal de esta norma y la interpretación que de ella ha hecho este Tribunal (sentencias, entre otras, de 17 de marzo de 1987 y 20 de mayo de 1988), que sigue a su vez el criterio al respecto manifestado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de diciembre de 1985, esta Sala de casación no puede menos de entrar a examinar los dos motivos formulados, pese a la doctrina que señala que el artículo 1.687, número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un carácter excepcional, revelado por sus límites taxativos (sentencia de 15 de marzo de 1986), toda vez que el auto impugnado no resuelve puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni tampoco trata de extremos no decididos en la sentencia que se ejecuta...»

Eficacia temporal de las normas reguladoras del interés legal del dinero.—«Los precedentes fácticos se integran en el caso debatido: de la sentencia que se ejecuta, de 2 de julio de 1986 dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 4 de Barcelona, que condena “al pago de los intereses legales” de la suma líquida reclamada, “desde la fecha de la interposición de la demanda”, 1 de enero de 1984; y de la fecha de 4 de julio de 1984 en que entró en vigor la Ley 22/1984, de 29 de junio, reguladora del nuevo interés legal, que las Leyes de Presupuestos del Estado de 30 de diciembre de 1984 y 27 de diciembre de 1985 modificaron a su vez. A tenor de la disposición transitoria de dicha Ley de 29 de junio de 1984, el interés legal que establece se aplicará a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones sustituidas tras su entrada en vigor, y “a todas aquellas en que el derecho a exigir el interés, en efecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia.” Por lo tanto, la relación jurídica debatida en la sentencia que se ejecuta que devenga intereses de demora, por ser líquida la suma reclamada, los produce desde el comienzo de la entrada en vigor de la

Ley 22/1984, y lo hace en la cuantía señalada en la misma Ley, aunque la obligación de que dimanen se haya originado antes, pues los intereses se producen ya después desde aquella fecha para lo sucesivo, en tanto no resulten modificados por otras leyes posteriores; como así sucedió por las de presupuestos a que se ha hecho referencia. Todo ello sin dar en absoluto efecto retroactivo a ninguna de las expresadas tres leyes relativas a intereses legales, sino ateniéndonos a la fecha de su entrada en vigor conforme al artículo 2, p. 1, del Código civil, y ateniéndonos también al artículo 1, de la Ley 22 de 1984. En definitiva, expresión de la obligatoriedad de las leyes desde su promulgación y entrada en vigor, salvo que dispusieren lo contrario, circunstancia no concurrente en la relación fáctica ahora contemplada.»

El devengo de intereses como objeto del recurso de casación. Carácter excepcional del artículo 1.687 de la LEC.—«...según el precepto que se invoca no pueden ser objeto de casación puntos sustanciales no controvertidos o no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. Sin embargo, teniendo en cuenta la materia del recurso, como el artículo 921, p. 4 de dicha Ley procesal resulta que la cuestión de devengo de intereses ha de analizarse de oficio, dado el texto literal de esta norma y la interpretación que de ella ha hecho este Tribunal (sentencias, entre otras, de 17 de marzo de 1987 y 20 de mayo de 1988), que sigue a su vez el criterio al respecto manifestado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de diciembre de 1985, esta Sala de casación no puede menos de entrar a examinar los dos motivos formulados, pese a la doctrina que señala que el artículo 1.687, núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un carácter excepcional, revelado por sus límites taxativos (sentencia de 15 de marzo de 1986), toda vez que el auto impugnado no resuelve puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni tampoco trata de extremos no decididos en la sentencia que se ejecuta...

Eficacia temporal de las normas reguladoras del interés legal del dinero.—«Los precedentes fácticos se integran en el caso debatido: de la sentencia que se ejecuta, de 2 de julio de 1986, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Barcelona, que condena “al pago de los intereses legales” de la suma líquida reclamada, “desde la fecha de la interposición de la demanda”, 1 de enero de 1984; y de la fecha de 4 de junio de 1984 en que entró en vigor la Ley 22/1984, de 29 de junio, reguladora del nuevo interés legal, que las Leyes de Presupuestos del Estado de 30 de diciembre de 1984 y 27 de diciembre de 1985 modificaron a su vez. A tenor de la disposición transitoria de dicha Ley de 29 de junio de 1984, el interés legal que establece se aplicará a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor, y “a todas aquellas en que el derecho a exigir el interés, en efecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia”. Por lo tanto, la relación jurídica debatida en la sentencia que se ejecuta que devenga intereses de demora, por ser líquida la suma reclamada, los produce desde el comienzo de la entrada en vigor de la Ley 22/1984, y lo hace en la cuantía señalada en la misma ley, aunque la obligación de que dimanen se haya originado antes, pues los intereses se producen ya después desde aquella fecha para lo sucesivo, en tanto no resulten modificados por otras leyes posteriores; como así sucedió por las de presupuestos

a que se ha hecho referencia. Todo ello sin dar en absoluto efecto retroactivo a ninguna de las expresadas tres leyes relativas a intereses legales, sino ateniéndonos a la fecha de su entrada en vigor conforme al artículo 2, p. 1, del Código civil, y ateniéndonos también al artículo 1 de la Ley de 22 de 1984. En definitiva, expresión de la obligatoriedad de las leyes desde su promulgación y entrada en vigor, salvo que dispusieren lo contrario, circunstancia no concurrente en la relación fáctica ahora contemplada.»

Interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.—«En todo caso, decaen como ya se dice, ambos motivos por no ser aceptable, a la vista de la normativa expresada aplicable, que haya de seguirse la fijación de los intereses discutidos a base de la cuantía vigente al tiempo de presentar la demanda sin tener en cuenta la evolución legislativa ocurrida con posterioridad. No hay por consiguiente, interpretación errónea en la resolución recurrida de la disposición transitoria de la Ley 22/1984, de 29 de junio, como se intenta poner de relieve en el motivo primero; ni aplicación indebida del artículo 1 de la misma, en relación con el artículo 3.1 del Código civil y a la citada disposición transitoria, como se alega en el motivo segundo. Precisamente la evolución legislativa a que se ha hecho referencia a partir del texto vigente sobre intereses legales en el Código civil en el momento de ser presentada la demanda en que se reclamó cantidad líquida y sus intereses legales, después reconocidos en la sentencia que se ejecuta, ha tenido en cuenta “la realidad social” del tiempo en que los intereses legales han de ser aplicados, atendiendo al espíritu y finalidad de dichas leyes.» (STS de 15 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia dicta auto aprobando la liquidación de intereses de la suma reclamada que presenta la actora, **BETON CATALAN, S. A.** Para el cálculo de éstos se parte como término inicial de la fecha de interposición de la demanda. Con posterioridad a la misma y en tres ocasiones consecutivas ha sido modificado el interés legal del dinero lo que, naturalmente, la actora tiene en cuenta a la hora de fijar el monto de interés.

Apela el auto **HISPANO ALEMANA DE CONSTRUCCIONES, S. A.**, y la Audiencia desestima el recurso. Disconforme la constructora recurre nuevamente en casación declarando el Supremo no haber lugar. (R.G.S.).

Deuda dineraria. Ilíquidez.—La cantidad no es líquida cuando, como en el caso debatido, se ha determinado en el proceso, y esta determinación la hizo la sentencia aquí recurrida, que redujo a suma líquida la pedida en la demanda.

Recurso de casación.—Después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984, el recurso de casación no supone una radical mutación de rumbo, ni introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de Instancia. Esto último es lo pretendido por el recurrente transformando así este recurso en una tercera instancia, a lo que muy reiteradamente se viene opinando esta Sala. (Sentencia de 7 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se pedía la suma de 3.059.737 pesetas en concepto de parte del importe de las obras realizadas. El demandado se opuso a la acción ejercitada y formuló reconvencción en reclamación de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por la reparación de los defectos de construcción que presenta el inmueble o por la demolición y nueva construcción del mismo y en todo caso pasa ajustar la construcción al proyecto facultativo.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y también estimó en parte la reconvencción. La sentencia de la Audiencia Territorial, estimando en parte el recurso de apelación, redujo la suma a pagar por el demandado hasta la de 2.134.104 pesetas y en cuando a la reconvencción condenó al actor a la reparación de los defectos de construcción. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

Alcance de la absolución de la demanda.—«...la doctrina de esta Sala, tiene determinado que cuando se absuelve de la demanda en todo o en parte, esta absolución comporta el rechazo de dichas pretensiones, sin precisar de un tratamiento concreto y casuístico, de todas y cada una de las cuestiones controvertidas, es decir, que resuelven todas las suscitadas en el pleito (SS. 7-12-81, 18-12-81, 8-3-82, 12-7-83 y 31-10-83).»

Elementos de prueba valorables a efectos de error como motivo casacional.—«No es lícito en casación extrapolar del contexto global del material probatorio que en su conjunto ha sido valorado por el Tribunal de instancia, como aquí acontece, determinados elementos de prueba para extraer deducciones, obviamente parciales y subjetivas que sirvan de soporte a la tesis del recurrente, a no ser que esos elementos específicamente determinen en forma contundente y sin precisar de mayores interpretaciones, el error en que haya incidido la sentencia y que se acusa en el motivo, debiendo ser esos elementos de prueba concretos de la naturaleza exigida en los artículos 4 del artículo 1.692 y 1.707-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Ratificación del contrato celebrado a nombre de otro por quien no tiene su autorización.—«El segundo motivo al amparo del ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción por no aplicación del artículo 1.261-1 del Código civil fundado su alegato en la circunstancia tantas veces invocada de la falta de aprobación de la venta de la finca por la Cámara de Diputados del Estado dominicano, que no puede prosperar no sólo por lo apuntado en el precedente fundamento jurídico, sino porque si en efecto se convino el contrato de compraventa inicial con el Sr. A. el 24 de enero de 1969, sin la completa autorización constitucional requerida, es patente que se está en presencia de un supuesto subsumible en la previsión contenida en el artículo 1.259 del Código civil en concordancia con el 20, párrafo del artículo 1.727 del mismo Cuerpo legal y que si bien esa autorización subsanatoria exigió un precio mayor lo cierto es que le fue satisfecho al Estado vendedor de la finca, por quienes aparecían como compradores en las subsiguientes operaciones de compraventa los hoy demandados, que como se dice en el 50. Considerando de la sentencia de primer grado, “y como quiera que dicha actuación obedece a un previo acuer-

do de todos ellos... y como especie de socios de hecho viene obligados a rendir cuentas de la gestión”, por lo que el motivo fracasa.»

Requisitos del fallo: congruencia.—«...la congruencia sólo impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, pues lo que importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos que fueron objeto de debate (SS. 7-12-82; 19-1, 30-5, 15-10 y 15-11-84; 9-5-86 y 17-6-88).»

Negocio jurídico de puesta a nombre de otro. Figuras afines.—«El motivo no puede prosperar porque a tenor de los hechos declarados como probados en la sentencia y que no han sido desvirtuados, aparece claro que el contrato de compraventa a favor de la Orden..., efectuado por los actores por medio de su apoderado a tal fin X y con el propósito de esquivar responsabilidades de orden administrativo constituye un típico caso de negocio jurídico de “puesta a nombre de otro” en sentido estricto que en el historial patrio cuenta con innumerables precedentes en los avatares de los conflictos político-sociales padecidos y que con un instrumento jurídico aparentemente ilimitado en sus consecuencias cual es la transmisión de la propiedad, se trata de conseguir una finalidad económica muy limitada y con arreglo a instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halle implicado el mismo; tiene pues unos perfiles ciertamente semejantes a los negocios fiduciarios, pero con unas improntas específicas, que han sido objeto de doctrina de esta Sala si bien en casos diferentes al que aquí nos ocupa (SS. 26-4-56, 13-11-58, 25-10-1962) y con concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas.» (STS de 5 de julio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—A y B celebran con X (que actúa en representación de una determinada Orden religiosa) un contrato de sociedad irregular. Aporta A y B un derecho de opción de compra sobre una finca propiedad de la República Dominicana. La aportación consiste en el importe económico requerido para ejercitar el mencionado derecho de opción. A y B adquieren la finca para la sociedad pendiente aun el negocio de aprobación por parte del Congreso del país caribeño. Además, el pago del precio en divisas da lugar a la instrucción de un expediente por el Juzgado de Delitos Monetarios.

En una de las cláusulas del contrato se había pactado que la Orden podría marginarse de la sociedad transcurrido un año desde la constitución de ésta y percibiendo cierta cantidad en un plazo fijado. En caso de que la cantidad señalada no fuera percibida se facultaba a la Orden —y a tal efecto se otorgaban poderes a X e Y— para enajenar la finca, patrimonio social, y cobrar con su producto. X (actuando en nombre de A y B) e Y (actuando en nombre de la Orden) simulan una compraventa de la finca con el fin de sustraerla a las responsabilidades derivadas del expediente seguido ante el Juez de Delitos Monetarios. La finca es inscrita a nombre de la inscripción. Por fin, C y D venden a una sociedad inmobiliaria que resulta ser tercero hipotecario en el sentido del artículo 34 de

la Ley. A y B demandan ante el Juzgado de 1.^a Instancia a X e Y, a la Orden y a C y D. El Juzgado condena a los demandados a rendir cuentas a los demandantes de las operaciones realizadas y a satisfacerles la parte del beneficio que les corresponde. Apelan demandantes y demandados siendo rechazados todos los recursos. Recurren nuevamente unos y otros y el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de los actores. (R.G.S.).

Virtualidad probatoria del dictamen pericial.—«Se impone la desestimación del motivo porque es reiterada la doctrina de esta Sala según la cual la prueba pericial no tiene carácter de medio probatorio del alcance documental exigido por el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley procesal, dado que, como se deduce del contenido del artículo 632 de la propia Ley adjetiva, es de apreciación discrecional según las reglas de la sana crítica, no constantes ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba y, por tanto, sin verdadera eficacia para fundamentar un recurso de casación. Los dictámenes periciales no constituyen —según criterio de la Sala— documentos propiamente dichos, pues “los documentos que obren en autos” a los que se refiere el número 4 del artículo 1.692 son aquellos instrumentos en los que se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido al margen o con independencia de las actuaciones judiciales, a las que ha sido incorporado como uno de los medios de prueba que autoriza el artículo 1.215 del Código civil (Sentencias del 25 de enero, 25 y 29 de febrero, 24 de marzo de 198, y las que en ellas se citan).»

Facultad de moderación por el Juez de la responsabilidad procedente de negligencia. Fundamento y alcance del artículo 1.103 del Código civil.—«En efecto, conviene precisar que el alegado artículo 1.103 es uno de los casos en que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3, párrafo 2, del propio Código, resulta posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona el artículo 1.103 del Código civil se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad, cuyo espíritu preside y justifica el precepto, aunque en él no se mencione ni incluya el término “equidad”, como el legislador hace en cambio en otros artículos análogos o en este sentido equiparables (así, por ejemplo, arts. 1.154 ó 1.690 del propio Código). Junto a ello, ha de convenirse también en que el artículo 1.103 es de aplicación tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, de forma que la posibilidad de moderación que recoge el precepto ha de extenderse a cualquier tipo de obligaciones, con base en las siguientes razones: A) De acuerdo con el tenor literal del susodicho artículo 1.103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un “precepto aplicable a toda clase de obligaciones”, como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Capítulo del Código (así, arts. 1.104, 1.106 y 1.107), que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de las obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de las que nacen de acto ilícito. B) La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga —tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina— a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre

la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del artículo 1.103, resultados contrarios a la equidad. Y es esa norma de “*ius equum*”, cuya infracción y no aplicación por el Tribunal “*a quo*” denuncia la parte recurrente en este último motivo, la que debe ponderarse y entrar en juego en el supuesto de que se trata, en la medida en que el concepto más clásico y genuino de la equidad como justicia del caso concreto supone y significa la adecuación de la regla general a las circunstancias del caso, para evitar así que su aplicación a éste resulte injusta. La regla general del repetido artículo 1.103 es que la responsabilidad se exige “en toda clase de obligaciones”, pero si procede de negligencia (con exclusión tácita de la conducta dolosa del anterior art. 1.102), esa exigencia puede resultar injusta en un caso concreto por las circunstancias específicas que en él concurren, lo que obliga en tales supuestos a moderar precisamente la cuantía o cuantificación de la responsabilidad, sin que para ello sea obligada la apreciación de concausas o concurrencia de actitudes culposas o negligentes, bastando con comprobar y estimar —tal como acontece en el presente caso— que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente cuanto sería previsible para el grado de negligencia observado o, admitida una responsabilidad objetiva, proceda la moderación de sus consecuencias con base precisamente en que esa responsabilidad nacida de la negligencia a que se refiere el tantas veces repetido artículo 1.103, de aplicación a toda clase de obligaciones, admite ser disminuida “según los casos”, lo que supone, como queda dicho, una inequívoca remisión a una valoración acorde con la equidad de las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto...» (STS de 20 de junio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—La rotura de un embalse ocasiona daños y perjuicios en las propiedades de seis agricultores. Reclaman éstos, a los dueños la correspondiente indemnización accediendo el Juzgado de 1.^a Instancia a lo pedido. Los demandados interponen recurso de apelación que la Audiencia estima en parte absolviéndolos de la condena al abono de determinados daños y de las costas de la primera instancia. El Tribunal Supremo casa parcialmente la sentencia reduciendo el «*quantum*» indemnizatorio. (R.G.S.).

Cesión de solar para edificar a cambio de viviendas. Incumplimiento por ambas partes. Aplicaciones de las consecuencias pactadas para caso de incumplimiento.—Cuando se deja sin efecto el contenido por las dos partes, lo que se confirma por la Resolución del mismo solicitada por ambas en el pleito, no sólo no ha lugar a la aplicación de la cláusula penal pactada para el incumplimiento unilateral, sino que ha de cumplirse la voluntad contractual pactada para el incumplimiento de ambas partes que se plasma en la cláusula 18.^a del contrato, acorde con el espíritu implícito en el artículo 1.124 C.c. cuando son ambas partes las causantes de su ineffectividad. (Sentencia de 22 de junio de 1989, ha lugar.)

Cesión de crédito garantizado con hipoteca.—Si ciertamente la normativa contenida en la L.H. (arts. 149, 18, 20, 30) y de su Reglamento (art. 244) aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto

que en esta materia el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo segundo del artículo 149 L.H.

Efectos de la cesión de crédito hipotecario.—El artículo 1.526 C.c. cuando indica que «la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha debe tenerse por cierta en conformidad a los arts. 1.218 y 1.227» y «si se refiere a inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro», lo que «a sensu contrario», da a entender que tal precepto se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a la fecha de la cesión entre el cesionario demandante y ejecutante del crédito hipotecario cedido y el demandado deudor hipotecario. (STS de 21 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—En ambas instancias se desestima la pretensión de los actores (deudores hipotecarios) en cuanto a la nulidad de las actuaciones de una entidad bancaria. Siendo el núcleo esencial del debate jurídico la cuestión de la cesión de crédito hipotecario por una Banca a otra, subrogándose, por tanto, una en los derechos de la otra. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—El artículo 149 L.H. impone especiales requisitos formales respecto de la cesión de créditos hipotecarios: escritura pública, notificación al deudor e inscripción. En la presente Sentencia la cesión se había producido en escritura pública; la notificación al deudor no era necesaria ya que cumpliendo lo previsto en el artículo 242 del R.H. el deudor había renunciado a este derecho en la escritura de constitución de la hipoteca; por lo que el problema que se plantea es el de su inscripción en el Registro de la Propiedad que no se cumplió.

Frente a lo motivado por el Tribunal Supremo en este caso es de destacar lo que señala Peña y Bernaldo de Quirós (Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Madrid, 1986, p. 443) en cuanto a la falta de inscripción de la cesión del crédito garantizado con hipoteca, «a la vista del art. 150 L.H., sensu contrario, parecería que sin estos requisitos la cesión de crédito no comportaría la del derecho hipotecario». (A.C.S.).

Medios de prueba. Elementos de valoración.—«...el viejo principio de que lo que no está en los autos no está en el mundo implica, a “sensu contrario”, que todo lo que obra en autos puede y debe ser valorado por el juzgador, figure o no en los ramos de prueba, cuando no hay duda sobre su realidad...».

Doctrina sobre la carga de la prueba.—«...el art. 1.214, con su redacción simplista y aparente acierto, no resuelve el problema y hubo de ser completado con la doctrina del “onus probande”, en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga

de la misma, si bien la carga probatoria que impone se torna innecesaria respecto de los hechos que aparecen acreditados y para ellos no importa ya discriminar si los ha aportado el actor o el demandado (SS. de 14 de febrero de 1949, 29 de noviembre de 1950, 2 de febrero de 1952, 20 de junio y 30 de diciembre de 1954 y 23 de septiembre de 1986), pudiendo incluso completar la prueba los órganos jurisdiccionales (diligencias para mejor proveer) o valorar la existente, cual se ha dicho, tomando en cuenta para ello cuantos datos obren en autos...».

Apreciación de la prueba caligráfica.—«...tanto el art. 609 de la LEC., que respecto al cotejo de letras, faculta al juez para hacer por sí mismo la comprobación, después de oír a los peritos revisores, como el 632 del propio texto legal, establecen que los Tribunales apreciarán esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no definidas en el ordenamiento jurídico, por lo que, siendo racionales y lógicas las consecuencias a que llega la Audiencia, no siendo necesario para ello “poseer conocimientos científicos ni prácticos dadas las notorias identidades que se pueden observar a simple vista entre ambas firmas”... es claro que... no infringió precepto formal alguno...».

Entrega de participación de lotería. Contrato de cesión de derechos. Consentimiento «iocandi causa»: presupuestos de invalidez.—«...la entrega de una participación de lotería implica un contrato de cesión de derechos, realizada en el caso que nos ocupa por precio; en nuestra legislación, a partir del Ordenamiento de Alcalá, que inspira el vigente Código civil, los contratos se perfeccionan y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278); la existencia o inexistencia del consentimiento, objeto y causa y, en definitiva, la del contrato, constituyen cuestiones de hecho que ha de apreciar el juzgador de instancia y su criterio sólo puede combatirse al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, al menos en cuanto a los hechos que le sirvieron como soporte; no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el contrato, pues si existieran otros se habrían también consignado; el consentimiento en forma jocosa no vicia su existencia, ni la del objeto y la causa, cuando éstos resultan claros de aquella expresión y no cabe dudar de su validez, es decir, que el consentimiento “iocandi causa” sólo revela la inexistencia del contrato cuando de él se desprenden la falta de objeto cierto que sea materia del mismo o la falta de causa de la obligación que se establezca, nada de los cual se da en el presente caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de alegría y complacencia e incluso de la duda o esperanza sobre la buena suerte que haya de acompañar a los contratantes en el juego de la lotería, en nada empece a la seriedad del contrato». (STS de 24 de julio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El señor Rica reclamó al señor Santos ante el Juzgado de 1.ª Instancia el pago del premio correspondiente a una participación de lotería que le había comprado. El señor Santos niega la venta y la autenticidad de su firma, estampada en el documento que acompaña el actor —la participación de lotería— para acreditar la legitimidad de su pretensión. La mencionada participación decía: «N. 55.793 LOTERIA NACIO-

NAL.—El gachó que exhibe el presente aforó la cantidad de mil legañas para que se endiñe la “tostá” u sease una pasta mu gansa pa en el caso de que los guarismos indicados al frontis sean agraciados en el sorte de la lote del día 21 de diciembre de 1984. Son mil chulas”, y al final «autógrafo» con la firma debajo. El Juzgado con base en la negativa del demandado y en la prueba pericial caligráfica desestima la demanda. Apela el señor Rica y la Audiencia revoca la Sentencia recurrida estimando la pretensión del actor. El señor Santos interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.).

Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Artículo 1.591 Código civil. Legitimación activa de la cooperativa promotora.—A la acción ejercida por filtraciones en un edificio debidas a su defectuosa impermeabilidad, se opone la falta de legitimación por no ser propietaria de la obra la actora, por haber vendido como promotora parte de las viviendas y locales a distintas personas, sino únicamente copropietaria sin que indique expresamente que obraba en interés del conjunto de los propietarios; pero la doctrina jurisprudencial establece que no se da falta de legitimación en el actor cuando se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, aun cuando no se diga expresamente, siempre que se plantee una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad, como ocurre en este caso en el que la reparación de las consecuencias de una obra mal ejecutada ha de aprovechar necesariamente e inescindiblemente a todos los comuneros; por tanto, la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, viene determinada por su fundamento en el derecho material ejercitado (actuación en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor, quien, como promotor, podría incurrir en responsabilidad frente a los adquirentes si no ejercitaba esta acción del artículo 1.592 C.c., de que es titular en primer término. (Sentencia de 21 de junio de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—En relación con la legitimación activa del comunero para lo favorable, se viene a ratificar una jurisprudencia casi secular, pero en relación con el promotor la Sentencia viene a perfilar esta figura de contornos un tanto imprecisos al declararse un tanto incidentalmente su responsabilidad por omisión si no ejercitara la acción ex artículo 1.591 C.c. Parece, sin embargo, que en la hipótesis de haber enajenado todos los pisos y locales su legitimación para actuar en beneficio de la comunidad de propietarios carecería de base. (G.G.C.).

Contrato de obra. Garantía por vicios. Plazo contractual de cinco años. Naturaleza.—Las partes no tuvieron intención de establecer plazo alguno de prescripción o caducidad de acciones, sino simplemente un plazo de garantía; la responsabilidad decenal impuesta por el artículo 1.591 C.c. —en el caso de autos, reducida por voluntad de las partes o quinquenal— de acuerdo con la mejor doctrina, ha de entenderse que no constituye un plazo de prescripción ni de caducidad, sino el término final de una relación de derecho sustancial, por lo que no es susceptible de suspensión ni de interrupción; dicho plazo, que en el Pliego General de condiciones las partes calificaron correctamente de «garantía», no afecta

al tiempo en que deba interponerse la demanda, de suerte que si los defectos previstos se producen dentro del repetido plazo, es entonces cuando nace la obligación de la constructora de «repararlos a su cargo» o «corregir a su costa», y como quiera que la acción que nace de tal obligación no tiene señalado plazo especial, éste será el general de 15 años. (SS. de 11 de octubre de 1974 y 4 de diciembre de 1981).

Obligación de reparar.—El contratista se comprometió a «reparar a su cargo» o «corregir a su costa» los defectos que se advirtieran o pusieran de manifiesto durante el plazo de garantía, y que obviamente se le hubiese hecho saber, pero no a pagar los daños y perjuicios que unilateralmente fija el dueño de la obra por el concepto de reparaciones llevadas a cabo por otra sociedad; es decir, asumió una obligación de hacer y no de dar.

Doctrina general sobre las obligaciones de hacer.—En las obligaciones de hacer, conforme al artículo 1.098 C.c., el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica, y tan sólo en el caso de que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación, entra en juego el principio “*nemo factum cogi potest*”, y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en indemnizar; para ello es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor, o con contravención del temor de las obligaciones pactadas; para conocer la actitud del deudor y obrar en consecuencia, el deudor ha de ser requerido a actuar, y en el caso de autos, ni extraprocésal ni procesalmente se ha invitado a la empresa constructora a reparar, sino que la demandante efectuó las obra correctoras que estimó pertinentes, privando a la demandada de comprobar la veracidad e importancia de las deficiencias acusadas, y del derecho a cumplir lo que contractualmente convino, con el eventual ahorro resultante de la utilización de sus propios medios personales y materiales; a lo que ha de añadirse la incertidumbre que la conducta de la parte actora ha propiciado en orden a conocer y probar la verdadera entidad de los desperfectos, y de la entidad responsable de los mismos, acreditando si aquéllos se produjeron antes o después del plazo de garantía. (**Sentencia de 3 de julio de 1989**, no ha lugar.)

NOTA.—La conducta del dueño de la obra es atentatoria a la buena fe dado que sin contar con el contratista encarga a otra empresa un informe técnico y la realización de las oportunas reparaciones, reclamando posteriormente su importe a dicho contratista; se ha violado el deber de informar respecto a los daños causados dentro del plazo de garantía que recae sobre el dueño, y que, no obstante su carácter accesorio e instrumental, resulta esencial para exigir aquélla. Correcta la interpretación que la Sentencia hace del plazo decenal del artículo 1.591, si bien admitiendo su reducción a la mitad por pacto (¿cabe excluirlo del todo?, ¿es posible ampliarlo?, ¿es norma plenamente dispositiva?); la Sentencia se decanta en favor del plazo quincenal de prescripción de la acción por ruina, no obstante los inconvenientes que pueden detectarse de tan prolongada pendencia de responsabilidad. Acertada es la clasificación de obligación de hacer

y no de dar la que se asume en virtud de la garantía, y que resulta básica para desestimar la demanda conforme a los términos pactados. (G.G.C.).

Vicios de construcción. Legitimación del promotor-vendedor frente a los constructores y técnicos que contrataron con él.—La legitimación de los compradores de las viviendas no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo. Que los promotores no asuman frente a los propietarios en los pisos el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos. (Sentencia de 9 de junio de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Dos magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo formulan un voto particular en el que señalan el acierto de la Sentencia del Juez de Primera Instancia, al negar la legitimación activa del promotor-vendedor para ejercitar, en el caso de la Sentencia, la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil. El ejercicio de esta acción requiere un interés jurídico directo en quien la ejercita, que sólo puede tenerlo el que, como dueño de cada vivienda o del edificio en su conjunto, se ve directamente afectado o perjudicado por los vicios reunógenos, sin que el promotor, que ya había vendido a terceros todas las viviendas y locales integrantes del edificio en cuestión, pueda, en principio, advertirse dicho interés directo en el ejercicio anticipado de esta acción contra contratista y técnicos, sino más bien la posibilidad de introducir, por vía indirecta, una cierta desviación de su responsabilidad. (A.C.S.).

Responsabilidad solidaria del constructor.—Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo que viene atribuyendo una responsabilidad solidaria, derivada del artículo 1.591 del C.c., para todos los participantes en el proceso constructivo, cuando su específica intervención en las causas de la ruina no puede determinarse de una forma individual aplicando lo dispuesto en el artículo 1.144 del C.c., con la reserva de las facultades que se señalan en el artículo 1.145. (STS de 16 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia recaída en Primera Instancia estima en parte la demanda interpuesta por una comunidad de propietarios sobre reclamación de cantidad basada en la causación de daños por el mal estado de la cubierta de un edificio, que posteriormente se derrumba. Recurriendo ambas partes, comunidad de propietarios y constructora, la Audiencia Territorial revocó en parte la Sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en el único sentido de estimar íntegramente la demanda interpuesta por la comunidad. No prospera el recurso de casación. (A.C.L.).

Carácter imperativo del artículo 1.548 del Código civil. Consecuencias de su infracción.—«...el art. 1.548 citado como infringido es evidentemente una norma que por su especial naturaleza protectora e impeditiva de posibles abusos tiene un carácter impeditivo y prohibitivo, tal como resulta del propio texto, lo cual

supone que puesto en relación con el art. 6 número 3 del propio Código civil, su posible infracción conlleva y produce los efectos propios de la nulidad de pleno derecho, superadora y distinta de los casos de mera anulabilidad, sin que pueda llevar a tan interesada asimilación el hecho cierto en la práctica de que muchos aspectos nulos pueden generar una apariencia de regularidad mientras no se produzca la denuncia o impugnación de aquéllos por parte de los interesados, sin que ello equivalga a un supuesto de anulabilidad...».

Delimitación del supuesto de hecho contemplado por el art. 1.548 del Código civil.—«...sin poderse alegar tampoco que el repetido art. 1.548 esté pensado únicamente para aquellos casos en que los bienes pertenezcan exclusivamente a los menores del citado precepto y contradice la doctrina antigua y reiterada de esta Sala que califica de actos nulos los efectuados “por una madre que, sin autorización judicial, promete arrendar por más de seis años bienes de los que es propietaria por tres cuartas partes y su hijo menor por una cuarta parte”». (STS de 26 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de 1.^a Instancia declara la nulidad parcial de un contrato de arrendamiento por exceder su duración los preceptivos seis años al pertenecer el inmueble a un menor. La Resolución es confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

Nulidad de cláusulas abusivas. Intereses pactados sin consentimiento de los fiadores.—«... pero es que según se razona en la Sentencia de primera instancia cuyos considerandos al ser aceptados por la recurrida hay que tenerlos como incorporados a la misma, independientemente de que la parte actora rechazase la reclamación de intereses, admitiendo la deuda por la cantidad de 2.199.691 ptas., la cláusula 4.^a de la póliza, en contradicción con lo estipulado en los arts. 6 y 7 del Código civil se produce en manifiesto abuso de derecho por lo que se estima que dicha cláusula 4.^a es nula y como consecuencia “los intereses que reclama la parte actora son nulos e inexistentes”, a más que en relación con los fiadores se razona, que conforme a la póliza la cantidad por la que deben responder era la de 2.199.691 ptas., en concepto de deuda principal no implicando sino una novación la reclamación de intereses, al haber sido pactado sin consentimiento de los fiadores, por lo que no puede exigirseles más de aquel crédito reconocido al demandante, de conformidad con lo establecido en el art. 1.826 del Código civil».

Consecuencias jurídicas de la nulidad del título ejecutivo en los órdenes sustantivo y procesal. La Sentencia dictada en juicio ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada.—«...y se trata de justificar en razón de que la declaración de nulidad del título se está refiriendo a que por Sentencia dictada por la propia Sala en apelación de un juicio ejecutivo, se declaraba la nulidad del título en virtud del cual se despachó la ejecución, que lo era la póliza de préstamo base del presente procedimiento ordinario de menor cuantía, lo que afirma, significa su inexistencia de pleno derecho por imperativo del art. 6 número 3 del Código civil y del 1.261 y el art. 1.278 del mismo cuerpo legal, relativo a la obligatorie-

dad de los contratos siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez; mas como dicha cuestión fue resuelta con notable acierto por ambos Juzgadores, así en la Sentencia de primera instancia se dice cómo la Audiencia de Albacete declaró la nulidad de todo el juicio ejecutivo “en base a la falta de los requisitos intrínsecos del mismo” dado que la póliza de préstamo no tenía fuerza ejecutiva y “en consecuencia no podía ser utilizada como título ejecutivo para promover el juicio ejecutivo”, y abundando en ello declara la de apelación que “el título entonces presentado carecía de fuerza ejecutiva por adolecer de defectos de carácter extrínseco y no haber intervenido directamente el fedatario mercantil, lo cual no supone que el préstamo no se hubiere realizado y que el mismo estuviere afianzado solidariamente por los demandados, siendo por tanto completamente efectivas sus consecuencias legales, si bien no le era posible realizarlas por la vía ejecutiva utilizada”, y es que una cosa es que el título lleve aparejada ejecución (art. 1.429) de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y otra es, que por no cumplir los requisitos para ello no se reconozca el valor probatorio que le sea inherente, a los efectos de hacerlo valer por la vía ordinaria declarativa que corresponda».

«Pues sabido es que las Sentencias dictadas en juicios ejecutivos no producen excepción de cosa juzgada, salvo en cuanto a la estricta cuestión base del asunto discutido, quedando cualquier otro, dentro del ámbito del juicio ordinario, conforme dispone el art. 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Alcance del artículo 1.851 del Código civil. Requisitos para su aplicación.— «El segundo motivo... denuncia la infracción del art. 1.581 del Código civil en cuanto de conformidad con el relato fáctico que se hace en la Sentencia de primera instancia, aprobado el convenio, en el expediente de suspensión de pagos, sin oposición del que ahora es actor y por el que el deudor se comprometía a construir un edificio y con el beneficio resultante del mismo pagar al banco acreedor, implica prorrogar el plazo (por toda la duración de la construcción) y como según el expresado artículo la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, al no entenderlo así la Sentencia recurrida infringe dicho precepto; y aparte de cuanto se razona en la Sentencia recurrida en relación a que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el proceso de suspensión sin que pueda beneficiar ni perjudicar a deudor distinto del que dio lugar al expediente, es que no cabe identificar el que el acreedor, en nuestro supuesto el Banco Central, concediese una prórroga al deudor para el pago de su crédito afianzado por los recurrentes, por voluntad plena por parte de aquél y sin el consentimiento de éstos, que es lo que sanciona el mencionado art. 1.851 del Código civil con el aquietamiento por parte del acreedor, el Banco, al convenio en el expediente de suspensión de pagos, dirigido a posibilitar el cobro, sobre el total, de todos los créditos y por ello bajo un interés general al que se supedita el particular de cada acreedor, que obliga, en nuestro supuesto, al Banco, como más conveniente para el cobro de su crédito, sin que por otra parte pueda entenderse que ello perjudique al fiador de dicho crédito ni represente mayores riesgos, que es lo que trata de evitar el expresado precepto que al no ser de aplicación al caso de autos ya que faltan aquellos dos requisitos: voluntad y alteración de las condiciones en las que el fiador se obligó, no puede decirse que se infrinja haciendo decaer el motivo».

Ámbito de aplicación del artículo 1.582 del Código civil. Liberación de los fiadores cuando por hechos del acreedor no pueden quedar sobrogados en los privilegios de éste.—«...es de tener en cuenta que la liberación de los fiadores que se establece en el invocado precepto está condicionada a la realización de algún hecho por el que no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de éste lo que no cabe entender se produjese por el hecho de pedir su inclusión como acreedor en el expediente de suspensión de pagos, cuando por el contrario, aparte de los efectos de dicho expediente, más parecía perjudicar a los fiadores su falta de inclusión, máxime cuando de aceptar algún modo de pago y tener cumplimiento, es decir, extinguida la obligación principal expresada, se verían libres de su condición de fiadores...». (STS de 20 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Interpone el Banco Central demanda de reclamación de cantidad y condena el Juzgado de la 1.ª Instancia a los deudores y fiadores solidarios al pago de la deuda más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Apelan Banco y fiadores y, estimando en parte el recurso de la entidad bancaria, la Audiencia condena a los fiadores al pago del capital más el interés pactado, notablemente superior al legal del dinero. Recurren en casación Banco y fiadores. El recurso no prospera. (R.G.S.).

Culpa extracontractual. Muerte por desprendimiento del cristal de una vivienda. Responsabilidad del arrendatario de la vivienda. Absolución del propietario y de la comunidad de propietarios. Responsabilidad solidaria de la compañía que aseguró la responsabilidad civil de la comunidad y del propietario.—La entidad aseguradora del riesgo de responsabilidad civil de una comunidad de propietarios y del propietario de un piso, ambos absueltos, es solidariamente responsable de la muerte producida por un cristal desprendido de la ventana de un piso por negligencia leve del arrendatario ocupante a quien también se condena con base en el art. 1.910 C.c.

Incongruencia. Inexistencia por ser cuestión de fondo.—La compañía aseguradora denuncia incongruencia de la Sentencia por haber sido llamado al pleito en cuanto aseguradora de las partes que luego resultaron absueltas, como la comunidad de propietarios y el propietario del piso en cuestión; pero aparte de mal planteamiento del recurso porque debía haberse articulado por el número del art. 1.692 LEC, es lo cierto que el tema trasciende al problema material o de fondo, a saber, si cabe apreciar una responsabilidad de la aseguradora por conducta dañosa proveniente de edificio asegurado pero sin intervención alguna de su cliente o persona con quien se suscribió la póliza, que es ulteriormente analizado.

Interpretación de la póliza. Objeto asegurado.—El objeto asegurado en puridad era el atinente a los daños causados a terceros por los propietarios de un edificio, o mejor aún, en cuanto a la cualidad de tales propietarios, y en especial se puntualiza que se incluya la «responsabilidad civil del contenido de las viviendas», expresión ésta que sería insuficiente para fundar la decisión confirmatoria de la Sentencia recurrida, ya que en este objeto de seguro hay que incluir todas las circunstancias que por el uso o disfrute de tales viviendas produzcan un resul-

tado dañoso, y no puede haberlo en mejor grado que cuando la acción del causante está recogida en los artículos 1.902 y 1.910 C.c.; por todo ello devienen inconsistentes los alegatos del recurso de que con la responsabilidad así impuesta se viene a romper la necesaria simbiosis entre el asegurador y la aseguradora, de tal forma que si uno es absuelto no cabe la condena de la segunda, lo que no es cierto porque a ello no conduce ni la particular cobertura del riesgo asumido por la aseguradora en la póliza analizada, ni, ya en línea de principio, se cohonestan con aquellos baremos de conquista social que han de procurar la atención a la víctima, en particular cuando el evento dañoso se origina por la dinámica de las cosas en cuyo caso la búsqueda sin tregua de la persona responsable descubrirá a aquel a quien las mismas benefician, o las puso en juego, o las provocó, alcanzando esta tendencia a quien por el mecanismo contractual del seguro subrogó en la asunción de las consecuencias de cobertura.

Acción de reembolso de la aseguradora.—La decisión que colma los derechos primarios de la víctima, a quien se la provee del indiscutible resarcimiento, pudiera acaso albergar alguna suerte de singularidad determinante de que se responda en vía contractual por hecho ajeno o de tercero, para así —diseño de justicia social— atender a aquella víctima, y que, a su vez, explica el módulo de solidaridad acoplado; sin embargo, la inexistencia de aquel nexo entre los responsables no tiene por qué cerrar cualquier eventual vía de repetición restauradora del desequilibrio patrimonial, tal vez acontecido. (Sentencia de 5 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda se interpone por los padres de una muchacha fallecida por causa de las heridas que le produjo un cristal, o fragmento de cristal, desprendido del piso 4.º de una vivienda, cuando transitaba por sus inmediaciones en compañía de sus padres y otros familiares, habiéndose probado que el desprendimiento y fractura del cristal que causó el golpe de la finada se produjo al cerrarse violentamente la ventana que había dejado abierta el inquilino, al producirse una corriente de aire por otra ventana que también estaba abierta. Se reclama una indemnización de cinco millones de pesetas, cantidad que la Sentencia de 1.ª Instancia reduce a cuatro millones, a cuyo pago se condena solidariamente al inquilino-ocupante, al propietario de la vivienda, a la Comunidad de Propietarios y a la entidad aseguradora de estos últimos. En apelación se estima el recurso del propietario y de la comunidad, manteniéndose el resto de condenas. La Compañía Aseguradora interpone el presente recurso de casación, que es desestimado en ponencia del excelentísimo señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

COMENTARIO.—Al haberse aquietado el inquilino ocupante de la vivienda, condenado en ambas instancias, el tema del recurso se reduce a fundamentar la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora —paradójicamente, no del demandado condenado, sino de los demandados absueltos—. La Sentencia apenas si tiene argumentación en torno al artículo 1.910 C.c. cuya aplicabilidad no se discute, y sólo de pasada se hace una referencia enlazándolo con el 1.902, añadiendo —innecesariamente—

que el inquilino incurrió en culpa levis (olvidó cerrar una ventana que comunicó con la causante del accidente al producirse una corriente de aire). Recientemente el profesor Pantaleón Prieto (Comentario a la S. de 12 de abril de 1984, C.C.J.C., abril-agosto 1984, p. 1.610 s.) ha defendido para el 1.910 un campo de actuación autónomo respecto al 1.902 al tiempo que ha matizado acertadamente (así también Lacruz, Elementos II-1.º, 2.ª ed., p. 588) el carácter objetivo de aquella responsabilidad, cuyo fundamento se encuentra en el hecho de ser el cabeza de familia quien controla la esfera, espacialmente definida, del riesgo, de modo que se trata de una responsabilidad por riesgo por las conductas dolosas, culposas u objetivamente negligentes de las personas, mayores o menores de edad, dependientes o no, que se encuentran en la vivienda; en último término, el caso fortuito ha de soportarlo el dañado. Ninguna duda, en el presente supuesto, de la correcta aplicación del 1.910.

Lo que ya resulta discutible es la utilización de argumentos generales sobre evolución de la culpa extracontractual, de suerte que en el 4.º Fundamento Jurídico se llega a establecer un paralelismo entre la evolución de la responsabilidad y la del seguro; paralelismo tanto más improcedente cuanto que en el caso no existe ningún seguro obligatorio de responsabilidad. Expresiones tales como «baremos de conquista social» y «búsqueda sin tregua de la persona responsable» (5.º F.) no parecen adecuadas; como tampoco lo es vincular, sin más, este supuesto de responsabilidad a las modernas corrientes de responsabilidad por riesgo cuando su origen está perfectamente fijado en las fuentes romanas, careciendo de precedentes en el derecho europeo, salvo alguna norma del viejo código prusiano. Resulta sorprendente la interpretación que la Sentencia hace del objeto asegurado, según las condiciones generales y especiales de la póliza, y el olvido de la persona asegurada que, en ningún caso, es el arrendatario, sino el propietario y la comunidad de propietarios. Alegada la incongruencia parece acertado su rechazo, no sólo por defecto de planteamiento, sino porque se trata de la cuestión de fondo; pero hay que decir que los argumentos empleados para resolverla no son convincentes; la frase que se entrecomilla del clausulado de la póliza: «responsabilidad civil del contenido de las viviendas» parece aludir más bien al mobiliario de las mismas que a «las circunstancias que por el uso o disfrute de tales viviendas produzcan un resultado dañoso»; la responsabilidad del asegurador es contractual y todavía no se ha aducido un argumento convincente para extender los beneficios del seguro a quien no ha sido parte en el contrato.

De consolidarse la doctrina aquí extractada surgen interrogantes sin fácil respuesta: ¿Podrían revertirse sobre el arrendatario el pago de una de las primas abonadas por el propietario y la comunidad? La eventual acción de reembolso del asegurador, a que se alude al final del último F.J., ¿qué posibilidades tiene de ser ejercitada contra el arrendatario, cuya presumible insolvencia ha originado la «búsqueda incansable» de un responsable? La solución de esta Sentencia pudiera justificarse en un régimen de seguro obligatorio y su utópico desarrollo final sería la indemnización de todos los daños causados por accidentes con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. (G.G.C.).

Culpa extracontractual. Responsabilidad del médico anestesista. Inversión de la carga de la prueba. Falta de prueba de la negligencia debida.—La inversión de la carga de la prueba no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona maneja dispositivos (en el caso que nos ocupa, fármacos) objetivamente peligrosos para los demás, produciéndose un resultado dañoso en los perceptores, por ello 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, al alcance, en cambio, del médico anestesista, quien no ha probado el agotamiento de su diligencia en supuesto en que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad, cumpliéndose los requisitos exigidos jurisprudencialmente para apreciar la concurrencia de la culpa extracontractual, y sin que se contradiga la doctrina de esta Sala sobre que en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuar toda la atención y diligencia que deriva de su especialista preparación científica y práctica (responsabilidad de medios), que no ha probado a pesar de encontrarse los medios para acreditarlo a su único alcance.

Invalidez resultante de shock anafiláctico. No realización de pruebas de rechazo. Culpa de anestesista.—La culpa del anestesista resulta de la no realización de pruebas alérgicas o de rechazo a los medicamentos empleados, constando que el enfermo ya era alérgico a la penicilina, y no se ha probado la utilización de todos los medios para llegar al convencimiento de que la aplicación era posible sin daño para el enfermo.

Prescripción de la acción. «Dies a quo». Secuelas.—El alta de la enfermedad no puede considerarse como fecha inicial del cómputo cuando quedan secuelas, sino la fecha de la determinación de invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, siendo en el presente caso el reconocimiento de la incapacidad permanente aquel desde el que hay que partir para contar el plazo descriptivo.

Responsabilidad solidaria. Litisconsorcio pasivo necesario.—Existiendo responsabilidad solidaria entre el médico anestesista, la policlínica en que actuó y el INSALUD con quien la última estaba concertada, la acción puede dirigirse contra todos, contra algunos o contra uno sólo de ellos, lo que implica inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.

Defectos del recurso. Error de hecho.—El error tiene que manifestarse por la simple lectura del documento, de forma clara y limpia sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones, hipótesis o inferencias; las pericias no tienen carácter documental para denunciar el error amparado en el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, por ser pruebas documentales y apreciarse por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. (Sentencia de 17 de junio de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Parece observable cierta inflexión o giro en la jurisprudencia recaída a propósito de la negligencia profesional médica, apreciada en reiteradas sentencias sobre la base de un escrupuloso cumplimiento de los requisitos que la doctrina tradicional exigía en la aplicación del artículo 1.902. Resulta, a lo que me consta, novedoso, invocar la inversión de la carga de la prueba en estos procesos. Los hechos se presentan con cierta confusión ya que, al parecer, se practican dos intervenciones quirúrgicas (no se especifica con qué finalidad), una el 8 de octubre de 1984 y otra el 28 de noviembre del mismo año, sin que en la primera surgieran complicaciones durante la anestesia, no obstante constar en el historial clínico que el enfermo era alérgico a la penicilina, produciéndose el shock anafiláctico una vez iniciada la segunda operación. Hay deficiencias procesales no subsanadas por negligencia en la parte interesada (no se reitera la petición de que la prueba pericial sea realizada por especialistas en anesthesiología, ni tampoco que se exponga la doctrina científica sobre el shock producido). ¿Hubiera sido otra dolución realizándose estas pericias. (G.G.C.).

Accidente de circulación. Culpa extracontractual. Responsabilidad por riesgo. Doctrina general. Rotura de la Dirección.—Se apreció rotura del trapecio que es una pieza de la dirección del vehículo, con antigüedad de diez años, la mayor parte de los cuales estuvo destinado a servicio de taxi, el cual no pudo ser dominado e invadió la parte opuesta de la calzada en donde chocó frontalmente con gran violencia con otro vehículo que circulaba correctamente, con resultado de muerte, lesiones y daños; pero la condena no se apoya en el descuido del mantenimiento de un automóvil viejo, muy gastado, ni en la violencia de la colisión en relación con la velocidad, hechos sugerentes de culpa grave, sino en la aplicación de la teoría del riesgo en materia de circulación, por el uso de vehículos de motor con ingenios mecánicos complejos, de evidente utilización individual y social, pero que lleva consigo, de modo conocido, la creación de peligros graves; la frecuencia del uso de automóviles y la cotidiana y numerosa materialización de los riesgos de su manejo, han determinado el nacimiento de la obligación de indemnizar por quienes se benefician de su utilidad, y su consiguiente responsabilidad en los daños causados, siempre que no se deban a culpa exclusiva de la víctima —no concurrente en este caso, en el que ninguna participación tuvo en las causas—, o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo, que no consista en los defectos de éste, rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos; fuerza mayor ligada a una causa extraña con entidad suficiente para romper el nexo causal, que se impone de modo irresistible al desarrollo de la actividad ya de por sí peligrosa, y que requiere un estudio matizado en cada caso, aunque no incide en el presente.

Carácter genérico del artículo 1.902 en materia de circulación rodada. Carácter específico de la normativa sobre accidentes. Prueba de haber agotado la diligencia.—En materia de circulación rodada la norma del artículo 1.902 C.c. tiene un valor genérico, frente al específico de las normas concretas que regulan su alcance e imponen la responsabilidad por riesgo voluntariamente asumido, frente al cual no cabe alegar la adopción de una diligencia reglamentaria, ni de una diligencia media, sino que es preciso agotar la adecuada a los debates de cuidados

propios de la disposición y manejo del mecanismo peligroso, salvo las excepciones ya indicadas.

Seguro obligatorio y seguro voluntario.—La cobertura del riesgo por el seguro voluntario en la cuantía convenida alcanza, en toda su extensión, al descrito en el artículo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, pues el régimen de seguro obligatorio no condiciona la responsabilidad, sino que impone unos mínimos de necesaria cobertura, sin perjuicio de que los daños que excedan sus límites reglamentarios los asuma el dueño del vehículo si carece de seguro voluntario; es decir, el seguro voluntario y el obligatorio cubren responsabilidades de igual calidad, si bien, por razón del obligatorio, se fijan unos límites de circunstancias y cuantía más restringidos; el seguro se establece en función de la responsabilidad y no la responsabilidad en función del seguro como se desprende de la doctrina jurisprudencial (SS. de 9 de julio y 29 de octubre de 1987). (**Sentencia de 21 de julio de 1989**, no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho (rotura de una pieza de la dirección) es uno de los típicos que han servido para justificar la implantación misma de la ley especial y de seguro obligatorio; destaca con acierto la Sentencia que se responde por razón del riesgo asumido y no por negligencia en la conservación (que puede ser mera circunstancia concurrente que agrave la responsabilidad). Oportuno y clarificador que se defina la naturaleza de esta responsabilidad especial como basada en el riesgo de naturaleza objetiva o cuasi-objetiva, pues ello permite mantener la vinculación con el artículo 1.902, aunque sea en la relación de norma genérica-norma específica. (G.G.C.).

Culpa extracontractual. Doble accidente mortal por caída de grúa. Diligencia exigible. Doctrina general sobre el artículo 1.902.—Si bien el artículo 1.902 C.c. descansa inicialmente en un básico principio de culpabilidad, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos aquellos que la técnica y la prudencia impongan para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir; en el presente caso la causa que produjo el doble resultado mortal fue el defectuoso estado de la grúa-pórtico, lo que pone de relieve la omisión de la diligencia debida para impedir la caída del motor y subsiguiente alcance a las víctimas, existiendo un informe técnico del Gabinete de Seguridad e Higiene, recomendando la realización de revisiones a la estructura de la grúa por empresa homologada para comprobar algún vicio oculto o principio de corrosión en alguna parte fundamental de la estructura, comprobándose que la fisura existente pudo y debió ser constatada mediante el empleo de técnicas radiográficas de ultrasonido o de partículas magnéticas, sin que bastasen las simples inspecciones visuales.

Sentencia penal absolutoria. No vinculación de los tribunales civiles.—Como reiteradamente tiene declarado esta Sala, la Sentencia absolutoria dictada en la

jurisdicción penal, salvo la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, no vincula a los Tribunales de la jurisdicción civil ni prejuzga la valoración que de los hechos pudieran hacer éstos, pues constituyendo la responsabilidad penal por imprudencia, y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas, especies jurídicas distintas, aunque expresivas de un principio de culpa, la ausencia declarada de culpabilidad penal no impide al Tribunal civil encuadrar el hecho en el ámbito de la culpa extracontractual, ni le coarta para apreciar con plenitud de competencia las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica. (Sentencia de 9 de junio de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Conviene alertar sobre el riesgo de generalizar las declaraciones que se consignan para rechazar un recurso y fundamentar una condena, a todas luces justa. El Tribunal Supremo sigue reservándose soberanamente delimitar aquellos sectores de la realidad económico-social a los que aplica la inversión de la carga de la prueba y la presunción de culpa. Aunque los hechos consignados en esta Sentencia son excesivamente escuetos, parece que se trata de accidente laboral ocurrido en unos grandes astilleros que omitieron medidas de prevención de accidentes, hoy técnicamente posibles. Nada se diga de la responsabilidad por riesgo que —fuera de los casos legalmente admitidos— nunca se erige «en fundamento único de la obligación de resarcir». (G.G.C.).

III. DERECHO PROCESAL

Congruencia entre pretensión de las partes y resolución judicial.—«...porque, según la doctrina jurisprudencial (SS. de 10 de julio de 1933, 21 de marzo de 1942, 5 de julio de 1943 y 17 de noviembre de 1966) los Tribunales, en bien de los propios litigantes y para evitarles nuevos pleitos, deben resolver todas las cuestiones sustancialmente planteadas en los escritos de alegaciones del proceso, sin necesidad de ajustarse literal y rigurosamente a las peticiones de las partes, tomando en cuenta la relación íntima y racional entre pretensiones y resoluciones, sin prescindir de la conexión que exista con los antecedente de hecho y razonamientos jurídicos expuestos en los respectivos escritos, no infringiendo el art. 359 de la LEC —S. de 7 de diciembre de 1965— las decisiones jurisdiccionales que contengan declaraciones sobre puntos implícitamente comprendidos en las cuestiones objeto de debate, siempre que sean consecuencia lógica y legal de ellas o se refieran a extremos accesorios o secundarios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad del fallo...»

Requisitos para la declaración de error judicial indemnizable.—«...la declaración del error requiere la existencia de un daño evaluable económicamente y una relación de causalidad entre dicho error y el daño...»

Caducidad del plazo de ejercicio de la acción para el reconocimiento de error judicial.—«...conforme al propio artículo enumerado de la LOPJ (art. 239), apartado 1.a) “la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inex-

cusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”, lo que implica un claro plazo de caducidad, a contar desde que ganare firmeza la resolución a que se impute el error...».

Error judicial. Apreciación objetiva.—«...el error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable o incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, sin que tal error pueda derivar de casos como el contemplado, donde, a juicio de la recurrente, el Tribunal no debió acoger la excepción de cosa juzgada, cuando venía obligado a ello, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos a aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocerales, y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores “in iudicio” o “in iudicando”, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otra forma, como declaró la Sentencia de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica; o, como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos y otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización». (STS de 22 de julio de 1989, no ha lugar al recurso especial de error judicial.)

HECHOS.—Los antecedentes del recurso especial de error judicial que resuelve el Tribunal Supremo son, como se verá, todo un modelo de constancia en el litigio. Arranca la cuestión de una acción confesoria de servidumbre ejercitada por el procedimiento de cognición ante el Juzgado de Distrito. Recurrída la sentencia del Juzgado, la Audiencia Provincial la declara firme por transcurso del plazo legal para su impugnación. El actor interpone entonces demanda de revisión contra la sentencia del Juzgado declarando la Sala 1.^a del Tribunal Supremo no haber lugar. Llegados a este punto es la esposa del actor quien insiste formulando demanda sobre el mismo objeto ante el Juzgado de 1.^a Instancia. Tramitada ésta por el procedimiento de menor cuantía, es desestimada al concurrir la excepción de cosa juzgada. En la apelación se confirma la resolución del Juzgado. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima. Disconforme todavía, la demandante acude en solicitud de amparo ante el Tribunal Constitucional decretando éste la inadmisión del recurso. Finalmente se interpone ante el Supremo el recurso extraordinario de error judicial imputable a las sentencias del Juzga-

do de 1.^a Instancia y de apelación. Como era de esperar a la vista de los antecedentes el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.).

Cauce procesal para impugnar en casación la calificación jurídica de los contratos.—«...la misma literalidad de los alegatos que, en el sentir del recurrente, fundan el error de apreciación probatoria que se denuncia y que la sentencia ha padecido, serían suficientes para rechazar el motivo, porque es sabido una constante línea jurisprudencial —según Sentencias 2 de febrero de 1988 y 7 de marzo de 1984— define que los aspectos de calificación jurídica de los contratos deben plantearse por el número 5 y no por el 4 de este precepto (art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que es donde luego se examina el problema».

Carácter incidental de las tercerías.—«...tercería de mejor derecho, procedimiento éste, sobre el que, en línea de principio, conviene subrayar que es una de las dos que se contemplan dentro de la S. 3 “De las tercerías”, T. XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, como un proceso intercalado dentro de “juicio ejecutivo” rúbrica, pues, de ese Título XV, que al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto: así si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, Sentencia de 13 de diciembre de 1982, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor terceristas con preferencia —si se estima la acción— al del ejecutante y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado, con lo que, se quiere decir, subrayando esa colateralidad (el propio legislador en su artículo 1.534-1, califica, con acierto expresional de “incidencia” a las tercerías respecto al juicio ejecutivo, cuyo curso no se suspenderá a consecuencia de las mismas, habiendo al punto expuesto la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986 que la tercería... no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y por tanto una incidencia del mismo), que, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa en la primera dualidad, o la corrección de esta medida procesal más que la atribución del derecho de propiedad es lo que se persigue en este juicio de tercería, según Sentencia de 11 de abril de 1988 y el reintegro o cobro del crédito en la segunda, frente a las medidas ya adoptadas en el juicio ejecutivo a favor del ejecutante pueden y deben ser objeto de debate en las citadas tercerías».

Interpretación de los contratos. Función encomendada a la Sala de Instancia.—«...sería ocioso insistir en que al no haberse alterado la verdad valificadora de lo resuelto por la audiencia, en traer a la casación los aspectos de la interpretación de los contratos o pólizas de las partes, que, como se dice comportan una función encomendada a la Sala, como asimismo, todo cuanto se refiere al juego aplicativo de las normas que sobre dicha interpretación contiene el Código Civil en sus artículos 1.281 y siguientes (según Sentencias de 31-1, 12-2, 13-2 y 22-10-86,

entre otras) criterio que ha prevalecer, salvor que se combata y demuestre, que es ilógico o contrario a derecho...»

Criterios para fijar la prelación de los créditos documentados mediante póliza.—«...ya que bajo la indiscutible verdad que depara la convicción del juzgador, es evidente que la preferencia que aduce el tercerista de su crédito inserto en su póliza de 10 de diciembre de 1982 por su mayor antigüedad o precedencia respecto al del ejecutante, en su respectiva póliza de 17 de diciembre de 1983, no es tal sino todo lo contraio, ya que, como es sabido y pone de relieve la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 1984 al expresar que en los casos de créditos documentados mediante "póliza" no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación del crédito, sino la de la fijación fehaciente del saldo exigible, lo cual no es sino ratificar una verdad mayúscula y elemental en torno a la completa configuración de todo derecho de crédito, para lo que no basta con su nacimiento, sino que se precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente...». (STS de 4 de julio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del juicio ejecutivo promovido por el Banco Exterior de España se embargan a sus deudores determinados bienes. Interpone el Banco Hispano Americano demanda de tercería de mejor derecho que el Juzgado de 1.ª Instancia desestima. La Audiencia Territorial desestima igualmente la apelación. El recurso de casación no prospera. (R.G.S.).

4. DERECHOS REALES

Zona marítimo-terrestre. Presunción en favor del dominio público.—La configuración jurídica de la parcela colindante con el mar, afín a la zona marítimo-terrestre que, entre otras, la sentencia de 5 de junio de 1988, hasta configuró como *res communis omnibus hominibus*, o común a todos los hombres, se recoge en la Ley de 26 de abril de 1969, de costas marítimas y en la Ley de 28 de julio de 1988 (art. 3). Y ello aparte de la regulación histórica y actual (art. 1 de la Ley de 7 de mayo de 1880 de puertos; arts. 1 y 2 de la Ley de puertos de 19 de enero de 1928; art. 339, 1.º del Código civil; art. 132,2 de la Constitución), siendo al punto ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley de costas vigente de 28 de julio de 1988, sobre los problemas planteados en torno a la zona marítimo-terrestre; por lo que en resumen, de esa normativa y siguiendo una reiterada doctrina jurisprudencial, ha de concluirse en que la fuerte presunción en pro del dominio nacional de los terrenos de dicha zona requiere para ser destruida una rigurosa demostración en contrario, sobre todo a partir del artículo 132,2 de la Constitución (SS. de 6 de octubre de 1986 y 10 de noviembre de 1986). La zona marítimo-terrestre es bien de dominio público, sin perjuicio de los derechos de los particulares, siempre que sean ellos y no el Estado quienes así lo acrediten. (Sentencia de 7 de julio de 1989, ha lugar.)

NOTA.—En el recurso de casación se alega, entre otras cosas, que los Tribunales de instancia no han reconocido el carácter de dominio público de la parcela reclamada, pese a lindar con el mar. Prospera el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. (A.C.S.).

Reivindicación de terreno. Competencia de Jurisdicción.—Las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, al ejercitarse una acción reivindicatoria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 348 del C.c., en relación con el artículo 349 del propio Código es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer la cuestión objeto de litis es la civil ordinaria.

Requisitos de la acción reivindicatoria.—Resulta plenamente probado, la titularidad de la cosa que se reivindica, la identificación de la finca y la ocupación indebida, en este caso, por el Estado, por lo que no cabe decir no se cumplen los requisitos que son exigibles para el éxito de la acción reivindicatoria. (STS de 12 de julio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El Estado habiendo expropiado de la finca de los actores 793,60 m², expropiación que juntamente con otras sobre la misma finca, se reconoce y acata, ocupó posteriormente en la construcción de una carretera 1002,40 m² de exceso sobre los expropiados sin título para ello.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y al ser imposible la restitución de la posesión por hallarse los terrenos incorporados a la carretera condenó al abono de su valor.

La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el Recurso de casación. (A.C.L.).

Acción contradictoria de dominio. Nulidad de asiento registral.—El hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita una petición de nulidad o cancelación del asiento, y no puede ser causa, haciendo uso de un error u omisión en el suplico de la demanda, se inadmita ésta, y por tanto, se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

Fe pública registral.—En estos casos en que se cuestiona cuál sea la extensión respectiva de las fincas plenamente identificadas y con un lindero de separación entre las mismas, caen fuera de la garantía que presta el Registro de la Propiedad, carente de una base física fehaciente y que reposa sobre las mismas declaraciones de los otorgantes, cuántos datos se correspondan con hechos materiales, entre ellos el relativo a la medida superficial, tanto a los efectos de la fe pública como de la legitimación registral.

Tampoco resulta infracción del artículo 34 LH pues las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto no puede hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta. (STS de 16 de mayo de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por el Ayuntamiento por la que pedía se le declarase propietario de una finca rustica y se condenase a la demanda a demoler la obra realizada y el camino construido y a reintegrarle en la posesión de la misma en su primitivo estado.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia dictada por la Primera Instancia declarando que el recurrente era propietario de la finca, menos de la parte ocupada por la edificación, condenando a ésta a pagar al demandante el valor que la invasión hubiera producido. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En principio el artículo 38.II de la LH exige que no pueda ejercitarse la acción de contradicción sin que se promueva la rectificación registral.

Ya por STS de 3 de abril de 1956 y 19 de febrero de 1970 la Jurisprudencia entendió que era posible declarar la ineficacia de un título inscrito sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, si la nulidad del título inscrito era consecuencia de ser preferente el del demandante.

Ultimamente el Tribunal Supremo inicia una doctrina aún más abierta. Y así entiende que no es necesario para ejercitar las acciones contradictorias que nominal y específicamente se pida la nulidad o cancelación del asiento registral contradictorio; bastando que el titular inscrito afectado aparezca demandado, pues, entonces, tal cancelación o nulidad constituyen la consecuencia hipotecaria lógica de la acción ejercitada. (SSTS de 29 de marzo de 1984, 5 de mayo, 6 de julio, 24 de noviembre de 1988 y 23 de enero de 1989).

La sentencia que anotamos es un claro ejemplo de esta doctrina más abierta que viene siguiendo en los últimos tiempos nuestro Tribunal Supremo. (A.C.L.).

5. FAMILIA

Responsabilidad de los gananciales. Tercería de dominio.—Es doctrina reiterada de esta Sala que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero a efectos de legitimación para entablar demanda de tercería en defensa de sus derechos consorciales. Que cualquiera que sean los efectos respecto a las cuotas de cada uno en la disolución, es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales de las deudas de los esposos, generadas por la adquisición de bienes comunes, así como por toda obligación contraída por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Y, por último, que el tenor del artículo 1.373 permite a los acreedores perseguir incluso los bienes gananciales para pago de deudas privadas, sin perjuicio de que el cónyuge pueda sustituir la traba de los bienes comunes por la parte que de ellos corresponda al deudor previa disolución de la sociedad y por el cauce singular oportuno. (**Sentencia de 19 de julio de 1989**, no ha lugar.)

HECHOS.—El marido adquirió un piso, para cuyo pago aceptó letras de cambio que fueron objeto de renovaciones a su vencimiento. Ambos esposos hipotecaron el piso, vendieron la vivienda anterior y se instalaron en la adquirida. Por impago de las letras les fue embargado el piso, oponiéndose la mujer a la ejecución formulando demanda de tercería de dominio por entender que no debe responder de las deudas con su parte ganancial de la vivienda.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

Reconocimiento de paternidad.—Es cierto que se ha polemizado mucho sobre el alcance que deba darse a la negativa a someterse a unas pruebas biológicas para determinar la paternidad; pero hay que convenir que cuando falta el primer presupuesto de que se hizo mérito al principio, cual es la existencia de relaciones sexuales transidas de una apoyatura firme para poder afirmar el hecho de la concepción, nadie está obligado a someterse a su práctica. Pero esta negativa ha de ser seria, injustificada y ser manifestada por la propia persona que ha de someterse a la prueba biológica y nunca mediante una negativa expresada a través del representante procesal que nunca podrá ser portador de un consentimiento tan personalísimo que sólo el otorgamiento de un poder especial podría justificar y suplir. (STS de 24 de mayo de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado se encontraba en octubre de 1981 desempeñando trabajos en un grupo de viviendas frente al domicilio de la actora entablando amistad y después de relación formal de noviazgo con la misma, con la que mantuvo relaciones sexuales continuadas durante finales de 1981 y mediados de 1982, habiendo mantenido toda la relación bajo la condición de noviazgo. Que como consecuencia de las relaciones la actora dio, el 18-II-1982, a luz una niña. La actora soltera y sin haber tenido relación alguna con otro hombre, tiene el convencimiento de que la hija nacida lo es del encausado. Por todo lo cual se insta por la actora sentencia por la que se declare la paternidad del demandado.

NOTA.—La vieja regla del *nemo ad factum cogi potest*; aplicada a las relaciones de filiación se traduce en que el tercero —presunto progenitor— puede negars a someterse a los peritajes biológicos. Si bien últimamente la jurisprudencia se ha encargado de precisar cuáles son los supuestos de investigación de la paternidad, practicándose pruebas biológicas. Esto es, de una parte la posibilidad de fecundación de la mujer, circunstancia ésta que *a fortiori* puede derivarse de hechos indiciarios como el convivir con la madre en la época de la concepción (lo que parece colegirse que en el caso de autos no ocurrió) —art. 135 C.c.—, y por otro lado la negativa obstruccionista del demandado a la práctica de las citadas pruebas. Aunque habría que matizar que esta actitud *per se* no comporta indudablemente una *ficta confesio*; sino un hecho indiciario más valorable por el juzgador en concordancia con las restantes pruebas practicadas, a tenor de la constatación o no de las presunciones *facti* del mencionado artículo 135 C.c. (F.L.L.Y.).

Reclamación de filiación. El concepto de posesión de estado.—La posesión de estado de filiación representa una situación residual en la que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente, y sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame. (STS de 26 de junio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La paternidad del demandado respecto a los cuatro niños no ofrece duda alguna. Convivía con la madre al tiempo del nacimiento, los mantenía con él en el mismo domicilio, los trataba como hijos suyos presentándoles como tales y subvenía a todas sus necesidades cumpliendo sus obligaciones que a todo buen padre de familia competen. Como consecuencia de profundas desavenencias entre el demandado y la actora, ambos se separaron, desinteresándose desde este momento el demandado de todas sus obligaciones paternofiliales.

NOTA.—El supuesto de hecho obedece al tenor del párrafo primero del artículo 131 C.c., que en buena técnica responde más que a un caso de acción de reclamación a una acción declarativa, puesto que en nuestra hipótesis, al existir indubitadamente el título de legitimación que es la *possessio filiationis* (art. 113 C.c. *ad maiore*), lo que se pretende del juez es un pronunciamiento coincidente con preexistente título de legitimación de la filiación (y que a la sazón servirá para determinarla legalmente —art. 120 C.c.—) como es la posesión de estado. Naturalmente habrá que probar inexcusablemente los elementos definatorios de la posesión de estado; básicamente el *tractatus* —comportamiento como padre que no se hubiera interrumpido— y la *reputatio* o *fama*, es decir, la exteriorización *ad extra* —al círculo social en el que se incardina la situación familiar *ad casum*, del comportamiento público como aparentes progenitores y cumplidores de sus obligaciones filiales—.

Esto supuesto, acreditándose ante el juzgador, la prueba efectiva de la constancia de la posesión de estado, la resolución de aquél servirá para dar por probada la existencia del título de legitimación —posesión de estado que actuará para acreditar la filiación (vide art. 113 C.c.) y determinarla legalmente (ex art. 120 C.c.)—. En fin, el artículo 131 C.c. (precepto aplicable al supuesto de autos) sirve tanto para que se declare la filiación matrimonial, como extramatrimonial (como ocurre en nuestro caso), cuando tanto en una como en otra exista en la relación familiar constante posesión de estado, y a mayor abundamiento, el párrafo primero del citado artículo exige como *prius* inexcusable que no concurra la existencia de una filiación contradictoria que de existir habría que impugnar necesariamente [ex art. 113, p. II, art. 134, p. I, c)]. (F.L.L.Y.).

Reclamación de filiación. Pruebas biológicas.—Se denuncia error en la apreciación de la prueba que no puede prosperar porque las aleaciones que se hacen pertenecen a motivos de fondo o inciden en defectos formales. Así, en el primero de los motivos subsistentes, con invocación expresa del artículo 675 C.c., se razo-

na sobre la interpretación que deba darse a las cláusulas testamentarias otorgadas por el causante, sin denunciar ni un solo error en la apreciación de la prueba, y en el segundo, se apoya en un informe pericial, que no tiene el carácter de documento a efectos casacionales, sino el de simple prueba documentada. (STS de 10 de julio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—J. F. G., en representación de V. G. formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la herecía yacente de V. P. R. sobre filiación no matrimonial. Estableciéndose los siguientes hechos: que V. G. es el padre de B. G. P., declarada incapaz por estar afectada de una oligofrenia. Como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con V. P., la chica quedó embarazada, dando a luz una hija que fue inscrita con el nombre de B. G. P. Instruidas diligencias criminales se efectuaron pruebas biológicas de paternidad emitiéndose dictamen en el que se concluía que por cálculo de probabilidades V. P. R. tiene el 98,8 por 100 de ser padre de B. G. P. Durante la tramitación de la causa falleció V. P., que previamente había otorgado testamento ante Notario y terminaba suplicando que se dictara sentencia declarando que V. P. R. es el padre de la menor B. G. P. (F.L.L.Y.).

Filiación no matrimonial.—La sentencia impugnada declara terminantemente que de la apreciación conjunta de lo actuado y pruebas practicadas se deduce la necesidad de estimar que claramente está demostrada la paternidad del recurrente como progenitor del menor extramatrimonialmente nacido de sus relaciones con la actora, ya que contundente es la prueba científica y biológica del Departamento de Medicina Legal de la Universidad Complutense «en que la conclusión alcanza una paternidad extraordinariamente probable, por haberse obtenido un coeficiente de 99,62, sólo 13 centésimas menos que el coeficiente de una paternidad demostrada, lo que es incuestionable signo de certeza de que el recurrente es quien generó al hijo». Contra esta aseveración no es viable la tesis del recurso en cuanto olvidando el cauce formal del número 5 del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil que le obligaba a respetar los hechos probados, los combate alegando a supuestas conclusiones de la doctrina científica sobre la falta de fiabilidad de las pruebas biológicas y a desechar las demás pruebas sin aportar razonamiento alguno para combatir las conclusiones jurídicas de la sentencia recurrida y que obliga a la desestimación del único motivo del recurso formulado y en el que se denuncia la infracción del artículo 135 C.c. (STS de 30 de junio de 1989; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora alega que sostuvo relaciones sentimentales con el demandado y cuya finalidad era la de contraer matrimonio.

A partir de agosto de 1982, la pareja comienza a mantener relaciones íntimas que dieron por resultado el embarazo, quien al comunicárselo al demandado, se despreocupa totalmente de la situación. El 28 de mayo de 1983 doña R. M. A. (la actora) dio a luz un niño. Tras muchos requerimientos, se ve obligado a reclamar la filiación.

NOTA.—Evidentemente cupiera entenderse de *lege lata* que la prueba biológica positiva tiene un valor relativo, de suerte que no se puede afir-

mar «este hombre es el padre» (exclusión hecha de la fecundación humana asistida concretamente la llamada «fecundación homóloga», en razón a la identificabilidad del gameto fecundante), pero sí llegar a establecer promedios de exclusión, y *a fortiori* de probabilidad de un 99,9 por 100. En el momento presente, si bien la prueba negativa de la paternidad puede obtenerse con seguridad, no ocurre lo mismo con la positiva, aunque esta prueba puede reforzar el argumento excluyente de la paternidad. Además pueden emplearse otros peritajes como los antropoheredobiológicos, los cuales revelarán unos indicios esenciales de paternidad. En conclusión el juez deberá ponderar *iusta causa* los resultados, y admitir la conveniencia o no de proceder a otros peritajes, cuando a la sazón subsisten dudas fundadas en las conclusiones aportadas de los anteriores peritajes realizados. (F.L.L.Y.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

Acción de petición de herencia.—De las pruebas practicadas se desprende que ni el terreno, y el edificio de la fábrica, ni la empresa, como unidad, están integrados en la herencia del causante de los actores, pero sí que, en el desarrollo de la industria creada por el abuelo del actor, se incorporaron los miembros de su familia, entre ellos el causante de los actores y que éstos aportaron trabajo y capital, de donde la sentencia deduce que los demandantes tienen derecho no a la titularidad única de la empresa, ni a sus elementos inmobiliarios, pero sí a las participaciones en beneficios y resto del capital de la empresa que forman parte de la herencia reclamada. En fin, es lógico pensar que ese acervo común tenga que ser repercutido entre quienes contribuyeron a formarlo, con trabajo y dinero, a partes iguales entre los socios, si no es conocida otra proporción. (STS de 16 de marzo de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada estima, en parte la pretensión accionada fundada en acción de petición de herencia y declara heredero de la herencia del causante a su hijo y usufructuaria a su mujer y condena a los demandados, poseedores de una fábrica de embutidos, a que entreguen a los actores la cantidad correspondiente a la calidad que ostentaba el causante, de socio de la industria indicada, en un 50 por 100 integrada por los beneficios obtenidos en la empresa y retenidos por los demandados durante el tiempo en que funcionó, así como por la parte de capital correspondiente, excluido de éste el terreno y edificio en el que se halla instalada la fábrica. (F.L.L.Y.).

Derechos legitimarios. Naturaleza de la legítima.—La doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión, pues mientras unos autores, partiendo de la expresión herederos forzosos que utilizan los artículos 806 y 807 C.c., entienden que se trata de una *pars hereditatis*, una parte alícuota del caudal hereditario; otros la consideran como *pars bonorum* dada la definición del artículo 806 con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos con bienes

de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación. Finalmente, un grupo de autores la califica de *pars valoris*, simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero.

De la doctrina científica y jurisprudencial se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos entre tanto, todos los bienes relictos careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional o sea subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición. (STS de 8 de mayo de 1989, ha lugar en parte.)

HECHOS.—Dado el carácter ganancial del piso 4.º izda. de la casa n.º 78 en Madrid, único bien que al parecer, ingresaba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto. Su consecuencia al no haberse acreditado que M. D. S. legitimaria de su hija, haya renunciado sus derechos como tal a favor del heredero testamentario C. L. P., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982.

NOTA.—La opinión mayoritaria de la doctrina es proclive a la concepción de la legítima como *pars bonorum*, con lo que si la legítima es *pars bonorum* debe concretarse en bienes hereditarios que cubran la cuota. Por tal motivo, los herederos no pueden por sí solos, sin intervenci3n de los legitimarios, adjudicarse los demás bienes, sin comprobar de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden parte alguna de la cuota reservada a éstos. Si la ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que debe asistirles el derecho de reclamarla. Y como explica la mejor doctrina (Vallet, Cámara, Lacruz, etc.); mientras la legítima no esté totalmente satisfecha todos los bienes hereditarios están afectos al pago.

En fin, la legítima se fija en su cuantía como un legado *ex lege* de parte alícuota, pero del valor del activo neto, por lo que el legitimario es cotitular de la comunidad hereditaria debiéndosele a aquél adjudicar los bienes relictos precisos para cubrir su *portio debita*. De suerte que si estos bienes son insuficientes insistimos le asiste un derecho sobre el *as relictum in toto*. Pues como dice Lacruz planteada la alternativa entre pagar el heredero la legítima en metálico o bien introducir al legitimario como partícipe del caudal, el hecho de estar asegurada la opción crediticia con garantía real no excluye la existencia del otro término que parece re-

clamar el tenor de los artículos 841 y 806 al menos como una posibilidad de resolución de la titularidad plena e incompartida del heredero insolvente. (F.L.L.Y.).

Declaración de nulidad de donación. Fideicomiso de residuo. Interpretación de la cláusula testamentaria.—Se alega infracción del artículo 1.323, y lo que denuncia el recurrente es una suerte de fraude de ley, en cuya virtud al amparo de una norma plusquam-dispositiva como es ahora el artículo 1.323 se trata de burlar no el viejo precepto modificado por la Ley de 13 de mayo de 1981, sino la ley de la sucesión que es el testamento del causante «el cual no permitía, en el momento del fallecimiento del testador (a juicio del recurrente) que la facultad de disposición del fiduciario, por amplia que fuera, alcanzase a la donación entre cónyuges...». Sin embargo, para que este criterio del recurrente fuese acertado, sería necesario que hubiese quedado plenamente acreditado que el testador fideicomitente, conocedor de la prohibición legal de donación entre cónyuges, era contrario a cualquier cambio futuro en la regulación al respecto, por estimar que un acto dispositivo de esta naturaleza, venía a entrañar un medio que facilitase la salida de los bienes del ámbito familiar, pero ello no cabe estimarlo acreditado ni siquiera por vía presuntiva, desde el momento en que el testador concedió la posibilidad, de desvincular los bienes de la familia, incluso en favor de terceros ajenos a la misma. Así en línea con lo expuesto no es posible equiparar el uso o ejercicio del derecho establecido en el actual artículo 1.323 con los presupuestos que comportan los actos realizados en fraude de ley. (STS de 13 de marzo de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Es evidente que el causante deseó vincular en principio a la familia, en la persona de sus hijos y descendientes de éstos, los bienes que constituían el tercio que pudiese aplicar a mejora, siendo también evidente que la vinculación no revestía las características de absoluta e incondicional, en tanto que facultaba a sus hijos la disponibilidad por actos *inter-vivos* con lo cual se les concedía la posibilidad de desvincular los bienes de la familia a través de cualquier acto dispositivo *inter-vivos* en beneficio de un tercero extraño a aquélla.

NOTA.—Estamos en presencia de un fideicomiso de residuo, modalidad *si aliquid supererit*, o sea, que los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si queda algo. Y recuérdese que en el caso de autos eran amplísimas las facultades dispositivas conferidas a los fiduciarios y entre las cuales no se excluía en la *mens testatoris* las facultades relativas a los actos de disposición gratuita. (F.L.L.Y.).

Consentimiento uxoris. Derecho expectante de viudedad.—La existencia o inexistencia del consentimiento contractual son cuestiones de mero hecho cuya apreciación es facultad privativa de los Tribunales de Instancia que sólo puede ser revisada en casación por la vía del n.º 4 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil; doctrina que es aplicable igualmente al consentimiento «uxoris» tácitamente manifestado.

Falta de consentimiento.—De acuerdo con el artículo 1.322 del C.c., aunque en la transmisión de los bienes inmuebles falte el consentimiento de la esposa, la venta no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia de la esposa o de sus herederos; pero no a instancia del marido ni de quien con él contrató, acción de anulabilidad que no ha sido ejercitada en los presentes autos pues no cabe estimar como tal, la mera apelación en la contestación a la demanda de esa pretendida falta de consentimiento.

Derecho expectante de viudedad.—El derecho expectante de viudedad, regulado en los artículos 76 a 78 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, determina la afectación de todos los bienes ingresados en el patrimonio común o en los privativos de los cónyuges al usufructo de viudedad que uno de éstos adquiera al fallecimiento del otro, derecho que se configura como un gravamen real y de eficacia reipersecutoria y que se encuentra protegido por las limitaciones que, en orden a la libre disponibilidad de los bienes sujetos, establece el artículo 76.2 de la Compilación al decir «este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que se renuncie expresamente», renuncia que, como establece el artículo 74.1 para el derecho de viudedad, ha de constar en documento público. (STS de 8 de junio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en Primera Instancia, acoge la demanda formulada por el actor que alegaba haber adquirido por contrato de compraventa en documento privado un local de los demandados. Frente a ello, éstos oponen que dicha compraventa quedó anulada posteriormente por acuerdo de las partes aplicándose el precio total de dicha compraventa anulada al pago de otra posterior de unos terrenos, celebrada entre las mismas partes. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante destacar que en esta sentencia se aplican los artículos 72.1, 76.1 y 76.2 en relación con el artículo 74.1 de la Compilación de Aragón de 1967 por tratarse de hechos acaecidos con anterioridad a la reforma de la misma de 1985.

Siendo ilianenable el derecho de viudedad podía ser objeto de renuncia total o parcial, pero dicha renuncia debía ser expresa y constar en documento público. Conforme a la actual Compilación de Aragón en virtud del artículo 76.1 y 2, el derecho expectante de viudedad no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los bienes, a menos que se renuncie expresamente. Sin embargo, y esto es fundamental: Salvo reserva expresa, la enajenación, o el consentimiento a ella, de los bienes comunes, equivaldrán a la renuncia del derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente. Por lo que de conformidad con la actual Compilación Foral, la solución del supuesto hubiese sido completamente distinta. (A.C.L.).

II. DERECHO MERCANTIL

Nombre comercial. Uso exclusivo.—El uso exclusivo del signo que nuestra legislación otorga al que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad Industrial, subsiste mientras su inscripción no haya sido cancelada en forma legal, y la parte demandada no ejercitó pretensión alguna que llevara aneja tal cancelación, lo que reconventionalmente podía haber efectuado, careciendo, por ende, de trascendencia al efecto de la decisión de la litis el uso simultáneo del nombre comercial que la recurrente invoca en el segundo motivo del recurso. (**Sentencia de 11 de julio de 1989**, no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda, la actora alega que está asistida del derecho exclusivo a utilizarse la denominación «Otazua», careciendo la demandada del derecho a utilizar este vocablo, que tiene inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual la demandante.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

Simulación absoluta. Constitución de sociedad anónima sin desembolso de aportaciones dinerarias. Declaración de nulidad y apertura del proceso de liquidación.—La medida de declarar la nulidad de la sociedad anónima por haber incurrido en el vicio de simulación «nuda» o absoluta se corresponde con las direcciones técnicas de esta figura que, al no estar regulada por el C.c., por la doctrina más decantada se subsume entre los supuestos de ausencia de causa, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; si bien, mirado el asunto y con alcance general en esta simulación absoluta, las partes no es que omitan o carezcan de causa *cur debetur* o, más en puridad, *cur pactetur*, pues quieren reconstituir un negocio de sociedad en cuestión, pero, eso sí, omitiendo un requisito de *jus cogens*, las aportaciones de algunos socios, por lo que también se alcanza la nulidad por la vía del artículo 6.3 C.c.; en todo caso, es procedente abrir la fase de liquidación que se llevará a cabo en período de ejecución de sentencia, teniendo en cuenta que la única aportación fue la realizada por el marido de la actora como aportación inmobiliaria.

Actos propios. No hay conducta contradictoria cuando ejercita la acción simulatoria la esposa de uno de los socios fundadores que firmó la escritura de constitución.—No cabe incluir en la llamada conducta contradictoria la de la esposa de uno de los socios fundadores que firma la escritura, por sí y en nombre de su esposo, quien era el verdadero gestor del negocio, actuación no ratificada posteriormente por actos concluyentes, y que hasta podría entreverse una actuación no reflexiva pues el marido estaba casi moribundo.

Legitimación para impugnar la simulación absoluta. Imprescriptibilidad de la acción.—Son imprescriptibles las acciones que persiguen la destrucción de lo «simulado» y el prevalecimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado, por lo cual la legitimación para interponerla es amplia, no cabiendo frenar tal acción con el obstáculo de la conducta contradictoria.

ya que antes de proteger la coherencia de cualquier proceso accional de los interesados, ha de primarse toda conducta que persigue la restauración de la legalidad quebrantada por la negociación encubierta o en la realidad inexistente. (**Sentencia de 8 de julio de 1989**, no ha lugar.)

Seguro de mercancías transportadas por mar. Legislación aplicable. Prescripción de acciones. Plazo.—Es un craso error sostener que el seguro marítimo se halla sometido a la Ley de Contrato de Seguro de 1980, cuando lo cierto es que, salvo la aplicación supletoria que a ésta pueda corresponder, la normativa específica es la contenida en los artículos 737 a 805 y 954 del Código de comercio, que no han sido derogados por dicha Ley (véase el pár. 2.º de su disp. final), estableciendo el último de los citados artículos que las acciones nacidas de los seguros marítimos prescriben por el transcurso de tres años, y no de dos, desde la fecha del siniestro, por lo que la acción ejercitada en este caso no está prescrita.

Seguro por cuenta de quien corresponda. Legitimación para reclamar la indemnización.—Cualquiera que sea la forma de compraventa —que en este caso fue C.I.F.— bajo la que se vendió la mercancía asegurada, ello solamente afectará, como regla general, al ámbito de las relaciones internas entre vendedor y comprador; en el presente caso el seguro marítimo de la mercancía fue concertado con la aseguradora por la propia entidad vendedora «por cuenta propia o de quien pertenezca», cuya forma de contratación no le priva de interés jurídico en la efectividad del seguro concertado, con independencia del destino que hubiera de dar a la indemnización reclamada, y además la aseguradora tiene reconocida extrajudicialmente la personalidad de la vendedora para reclamar dicha indemnización.

Actos propios.—Es doctrina consolidada de esta Sala la de que no puede impugnarse la personalidad o la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida; en el presente caso la entidad aseguradora mantuvo negociaciones y dirigió comunicaciones a la vendedora participándole que rechazaba el siniestro por tratarse de un riesgo excluido del seguro, pero sin negarle o desconocer su personalidad.

Deterioro total del insecticida transportado por reacción química debida al calor. Riesgos excluidos de la póliza.—Los artículos 755 pár. último y 756 pár. 1.º del Código de comercio admiten que los contrastes pueden excluir en la póliza del seguro los riesgos que tengan por conveniente; la cláusula 4.4 del «Institute Cargo Clause (A)» por el que se rigen los contratos de seguro marítimo a que se refiere este recurso declara expresamente, como riesgo excluido de la cobertura, «la pérdida, el daño o el gasto causados por vicio inherente o por la naturaleza de los bienes objeto del seguro»; asimismo, el artículo 2.5.4. de las Condiciones generales de dichos contratos concertados entre las partes, declara como riesgos excluidos «la fermentación, germinación, generación, generación espontánea y corrupción debidas a la naturaleza o vicio propio de la mercancía asegurada, influencia de temperatura...»; y el presente caso se declara probado que el deterioro total del insecticida transportado fue debido exclusivamente a la descomposición

o reacción química que el componente órgano-fosforado había sufrido como consecuencia de la muy elevada temperatura ambiente a que, en plena estación estival, estuvo sometido durante el largo viaje transoceánico desde Valencia al puerto de Keelung (Taiwan); de aquí se deduce que se trata de un riesgo excluido de la cobertura por tratarse de un daño debido exclusivamente a la propia naturaleza del producto transportado, al ser sometido el mismo a tan elevada temperatura ambiente durante más de un mes de viaje.

Negligencia de la cargadora.—El daño es imputable solamente a la imprevisión de la cargadora que, por un lado, sabiendo que dicho riesgo se hallaba excluido de los seguros concertados, y, por otro, conociendo, o debiendo conocer, en cuanto fabricante del producto, que la composición química del mismo no podía soportar, sin descomponerse, la elevada temperatura ambiente a que forzosamente debería estar sometido, dada la estación climatológica en que se verificó el transporte transoceánico, no contrató dicho transporte con las elementales condiciones de refrigeración que ineludiblemente exigía la propia naturaleza del producto químico transportado. (**Sentencia de 21 de julio de 1989**, ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Morales Morales), minuciosa en su argumentación, que entra en el examen de los diversos motivos del recurso sin acudir al usual procedimiento de examinar primeramente el que ha de ser estimado, con lo que se abstiene el juzgador de analizar los restantes; ello se cohonesto bien con la economía procesal, pero lo primero satisface las legítimas expectativas del recurrente. En el 2.º FD se califica de «craso error de origen» el desconocer que la Ley de 1980 había dejado en vigor la normativa del seguro marítimo; es cierto que la disp. final pár. 2.º sólo deroga expresamente los artículos 380 a 438 Código de comercio, pero el problema se traslada a la exégesis de la habitual cláusula de quedar derogadas «cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley», cómoda para el legislador y no tanto para el intérprete. (G.G.C.).

Inidoneidad del artículo 1.214 del Código civil para fundamentar el recurso de casación.—«...ello produce, en definitiva, la claudicación del motivo, que arrastra consigo la del sexto, el que, acogido al ordinal 5.º, se funda en la infracción del artículo 1.214 del Código civil, ya que ese motivo se dice entroncarse con el anterior, y sobre el cual es de puntualizar, además, que la jurisprudencia de esta Sala sostiene la tesis de que el precitado artículo, por su carácter genérico, no es apto para amparar un recurso de casación, al no referirse a un medio concreto de prueba, ni regular su eficacia, por lo que sólo es operante cuando el Tribunal ha desconocido la correcta distribución de la carga demostrativa, así como que el gravamen que impone se torna innecesario cuando el Tribunal ha formado su convicción en vista de lo que consta en autos, careciendo de interés, entonces, el problema de la forma en que ha de distribuirse la carga de la prueba».

Sentido en el que debe entenderse la provisionalidad de la época a la que debe retrotraerse la declaración de quiebra.—«Esta tesis resulta inaceptable, pues si bien es cierto que la frase del artículo 1.024 del antiguo Código mercantil,

“con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero” denota, que, en principio, “la época a que deben retrotraerse los efectos de la declaración” tiene un carácter de provisionalidad en el sentido de poder ser rectificadas si se alega perjuicio por tercero o el quebrado, no lo es menos que, como dice la Sentencia de 15 de diciembre de 1987, no hay necesidad de dictarse otra resolución que marque una fecha definitiva, afirmándose, en la de 22 de marzo de 1985, que mientras no se impugne se ha de tener por válida la fecha de retroacción señalada en el Auto de declaración de quiebra, impugnación que habrá de hacerse en el mismo procedimiento de quiebra y caso de no producirse, adquiere firmeza aquella resolución y hay que partir de ella para aplicar el párrafo segundo del artículo 878 del actual mercantil...».

Plazo para impugnar la fecha de retroacción de la quiebra.—«Y sobre la temporaneidad de la impugnación revisoria, conviene decir, también, que aunque nuestro ordenamiento nada diga al respecto, el quebrado dispondrá de un plazo de ocho días, por analogía al que se le concede en el artículo 1.028 para pedir la reposición de la declaración de quiebra, y que los interesados podrán hacerlo hasta la ultimación de las diligencias sobre examen y reconocimiento de los créditos, pues sostener la posibilidad indefinida de atacar la fecha de retroacción, sería contrario al principio de seguridad jurídica...».

Eficacia constitutiva de la inscripción de hipoteca. Diferencia existente entre el préstamo y la hipoteca que lo garantiza.—«En el ámbito de las hipotecas, los requisitos esenciales de sus contratos constitutivos, que figuran relacionados en el artículo 1.857 del Código civil, se complementan con otro recogido en el posterior 1.875, y que no es menos esencial ya que condiciona la válida constitución de la hipoteca a que el documento sea inscrito en el Registro de la Propiedad... siendo este caso el único que, en nuestro sistema, la inscripción tiene carácter constitutivo, lo cual, obedece a la naturaleza de derecho formal de la hipoteca, que, indudablemente, es un derecho de constitución registral, y el valor constitutivo de la inscripción en la hipoteca ha sido constantemente reconocido en nuestra jurisprudencia. Lo así expuesto, lleva a concluir que la hipoteca de que se trata quedó constituida con absoluta validez en la fecha en la que accedió al registro, 16 de febrero de 1981, y desde entonces puede afirmarse que adquirió existencia legal con plenitud de efectos jurídicos, lo que equivale a afirmar su sometimiento y sujeción a la esfera retroactiva de la quiebra, establecida en la de 1 de enero del mismo año, todo lo cual, determina, en principio, la inexistencia de las infracciones invocadas en los motivos objeto de estudio, sin que pueda concederse eficacia obstativa a la doctrina de la Sentencia de esta Sala, de 13 de julio de 1984, citada en el motivo segundo, al tratarse de una resolución aislada. Sin embargo, dicha Sentencia matiza con pleno acierto la diferencia existente entre el préstamo en sí mismo considerado y la garantía hipotecaria convenida sobre las fincas que relaciona la escritura, ya que la función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago de cinco millones de pesetas que el señor X recibió de la Sociedad de la Cooperativa de Crédito, la recepción del cual y el compromiso de su devolución tuvieron lugar en fecha en que el prestatario gozaba de plena capacidad jurídica, 24 de enero de 1979, fecha de formalización de la escritura, y anterior por tanto, a la en que se fijó la retroacción de la quiebra, 1 de enero

de 1981. Lo así expuesto conduce a una ineludible conclusión: atribuir al préstamo convenido en la escritura de 24 de 1979, total validez y la eficacia que le corresponda en derecho, lo que supone, en definitiva, excluirle de la influencia de la quiebra».

Interpretación de las normas jurídicas conforme a la Constitución. Límites.— «...la evolución que ha experimentado nuestra legislación por influjo de las normas constitucionales, así como las técnicas interpretativas aplicadas a la misma, no han llegado al punto de desvirtuar la clara y evidente literalidad y finalidad que se desprenden del precitado 878, ni la significación y alcance que tiene, y mantener lo contrario, concediendo menor rigor conceptual a su aplicación, supondría vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica que preconiza el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución, sin que por ello, por otra parte, represente desconocimiento alguno del derecho que proclama su artículo 24, al tener declarado el Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva se obtiene incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por los litigantes, siempre que concurra la causa legal correspondiente, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos, al desestimarse la oposición manifestada por los demandados-recurrentes, procediendo decir, para finalizar, que las opiniones de los tratadistas transcritos en el motivo, carecen de relevancia en orden a variar la interpretación que ha venido manteniéndose respecto a la aplicación del tan repetido artículo 878 por lo que no es dable estimar que el Tribunal “a quo” incurriera en infracción al respecto». (STS de 4 de julio de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la quiebra de D.X. pide al Juzgado de 1.^a Instancia que declare la nulidad de determinados actos jurídicos, la de los asientos registrales causados por éstos y que condene a los demandados al reintegro a la masa de las fincas objeto de pleito. Se estima la demanda. El recurso de apelación prospera parcialmente en cuanto la Audiencia revoca la condena en costas a los demandados confirmando la sentencia de instancia en todo lo demás. El Tribunal Supremo casa en parte la resolución de la Audiencia por entender, en contra de lo admitido por los órganos jurisdiccionales inferiores, que la declaración de nulidad de hipoteca no comprende —en función de la fecha de retroacción de la quiebra— la del préstamo garantizado. (R.G.S.).

