

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIX

FASCICULO I



ENERO-MARZO

MCMXCVI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	JUAN JORDANO BAREA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
JESÚS DíEZ DEL CORRAL	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
LUIS FIGA FAURA	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DíAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERRIOL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
	RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: <i>La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente</i>	5
FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: <i>Autodefensa, proceso y sociedades mercantiles: La destrucción de títulos-valores</i>	75
DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: <i>La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)</i>	101
MORENO-TORRES HERRERA, M. ^a Luisa: <i>Otros defectos de la pérdida fortuita</i>	187
Estudios de Derecho Extranjero	
WEYERS, Hans-Leo y KADNER, Thomas: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania desde la reunificación</i>	245
FAJARDO LÓPEZ, Luis: <i>La multipropiedad en la República Federal de Alemania. Doctrina y Práctica</i>	269
Información Comunitaria	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: <i>Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias</i>	287

Bibliografía

- LIBROS:** CILVETI GUBIA, M.^a B.: *Mejoras útiles en los Contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, por Teodoro F. Torres.—DE NOVA, G.: *Nuovi contratti*, por Gabriel García Cantero.—FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: *La codificación del Derecho Internacional privado en América latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, por Marta Requejo Isidro.—MALAURIE, P./AYNES, L.: *Les contrats spéciaux. Civils et commerciaux*, por Gabriel García Cantero.—MARCO MOLINA, J.: *La propiedad intelectual en la legislación española*, por Rafael Sánchez Arísti.—MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, por M.^a Eugenia Rodríguez Martínez.—PEINADO GARCÍA, J. I.: *El pagaré de empresa*, por Arturo García Sanz. 331
- REVISTAS ESPAÑOLAS**
- A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 361
- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RESOLUCIONES COMENTADAS**
- «Revocación de poder y autocontrato. Comentario a la RDGRN de 6 de diciembre de 1994», por S. TORRES ESCÁMEZ 381
- RESOLUCIONES**
- «Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil», por Isabel ARANA DE LA FUENTE 387
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo:
- SENTENCIAS COMENTADAS**
- «*La especial protección de las hipotecas subsumidas en la Ley del Mercado Hipotecario frente a la quiebra del hipotecante. (Comentario a la STS, 1.^a, de 12 de diciembre de 1995)*», por D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y M.^a I. HUERTA VIESCA 411
- «*Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge. (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, RAJ 2946)*», por M.^a J. ACHÓN BRUNÉN 429
- SENTENCIAS**
- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Silvia ALGABA ROS, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Pilar CÁMARA ÁGUILA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Francisco ECHEVARRÍA SUMMERS, Pedro José FEMENÍA LÓPEZ, Fernando MORILLO GONZÁLEZ, Virginia MÚRTULA LAFUENTE, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Aurea RAMOS MAESTRE, José Manuel DE TORRES PEREA 449

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, separatas, 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 XLIX
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMXCVI

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

N.I.P.O.: 060-96-001-3
I.S.S.N.: 0210-301-X
Depósito Legal: M-125-1958

Imprime: Solana e Hijos, A.G. S.A.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente (*)

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO BÁSICO PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INMISIONES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD. 1. El significado de las inmisiones. 2. El daño resarcible. 3. La competencia de los Tribunales civiles. 4. La objetivación de la responsabilidad. 5. La antijuridicidad. 6. La relación de causalidad. 7. La legitimación activa y pasiva. 8. La reparación del daño y la cesación de la actividad nociva. 9. La prescripción. III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE. 1. La ausencia en nuestro Derecho de una disposición legal que regule específicamente esta responsabilidad. 2. El daño ambiental. 3. El carácter objetivo de la responsabilidad por daño ambiental. 4. La relación de causalidad. 5. La legitimación activa y pasiva. A) Legitimación activa. B) Legitimación pasiva. 6. La reparación del daño ambiental y la cesación de la actividad contaminante. 7. La prescripción. IV. LA COBERTURA DEL RIESGO AMBIENTAL. 1. La necesidad de esta cobertura. 2. El seguro de responsabilidad civil. 3. La garantía financiera obligatoria. 4. Los fondos de compensación.

(*) Se trata de la ponencia presentada por el autor al I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, organizado por la Universidad Carlos III, y celebrado los días 19, 20 y 21 de abril de 1995 en el Palacio de Congresos de Sevilla.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO BASICO PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

El progreso de la técnica industrial ha aumentado considerablemente el bienestar del hombre, pero ese progreso ha sido determinante de una progresiva degradación de la naturaleza.

La contaminación de las aguas, de la atmósfera y del suelo se considera unánimemente como uno de los mayores problemas con que se enfrenta la Humanidad. En todos los países y a todos los niveles, se observa una gran preocupación en torno al medio ambiente.

No resulta nada sencillo establecer con cierto rigor el significado del medio ambiente, ya que, como se afirma repetidamente, el medio ambiente resulta ser un bien indefinido, complejo e integrado por numerosos factores (1).

El término medio ambiente se corresponde con la palabra inglesa «environment», la francesa «environnement», la alemana «Umwelt» o la italiana «ambiente». Se refiere, básicamente al entorno, y por ello puede definirse, de acuerdo con DIEZ-PICAZO (2), como el conjunto de elementos que determinan las características de un lugar, tales como el aire, el agua, la flora, la fauna, el suelo, la gea, el paisaje y otras que contribuyen al goce de los bienes de la naturaleza, como el silencio y la tranquilidad.

Esta definición está en consonancia con la Constitución española, cuyo art. 45 evidencia que los recursos naturales son el elemento nuclear del concepto constitucional de medio ambiente. Todos los recursos naturales integran el medio ambiente. La defensa del medio ambiente se identifica con la protección de los recursos naturales (3).

En esta línea, la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, STS) de 11 de marzo de 1992 destaca que el art. 45 de la Constitución española, según la doctrina, ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecuaba al «desarrollo de la persona» y se relaciona con la «calidad de vida» a través de la «utilización racional de todos los recursos naturales» y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección de todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema.

(1) Sobre las diversas concepciones para caracterizar al medio ambiente como objeto del Derecho, MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, Madrid, 1991, pp. 80 y ss., y LÓPEZ RAMÓN, «El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», *Revista de Derecho Ambiental*, 1994, n.º 13, pp. 38 y ss.

(2) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, p. 203.

(3) LÓPEZ RAMÓN, «El derecho ambiental como derecho...», *cit.*, pp. 40-41, DOMPER FERRANDO, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, I, *Planteamientos constitucionales*, Madrid, 1992, p. 132, VERA JURADO, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Madrid, 1994, pp. 31 y ss.

La definición expuesta está en consonancia con los textos internacionales sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico de la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas, 14 de mayo de 1993) (4) destaca, en relación con la definición de medio ambiente, que hay opiniones que se inclinan por considerar que sólo deberían incluirse en este concepto la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre los mismos, mientras que hay otras opiniones favorables a la inclusión de objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo. En el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, aprobado el 8 de marzo de 1993 y abierto a la firma a partir del 21 de junio de 1993, la acepción de medio ambiente es bastante amplia: incluye recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre los mismos factores, los bienes que componen el patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje (art. 2 [10]) (5).

Tanto en el Derecho público como en el Derecho privado, la protección del medio ambiente es una cuestión prioritaria, de suma importancia.

En el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico se estudia la conveniencia de utilizar el mecanismo de la responsabilidad civil como medio para asignar la responsabilidad por los gastos necesarios en la restauración del medio ambiente. Se pone de relieve que la responsabilidad civil es una herramienta jurídica y económica que sirve para obligar al responsable de un daño a pagar una indemnización por los gastos de su reparación. Al exigir a los autores que paguen los gastos de los daños, la responsabilidad civil tiene como importantes funciones secundarias consolidar determinadas normas de conducta e impedir que se causen más daños en el futuro.

Se acude al instituto de la responsabilidad civil por estimarse que es el mecanismo más idóneo para garantizar la reparación adecuada de los daños que resulten de actividades peligrosas para el medio ambien-

(4) Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social - Com. (93) 47 final. *Cfr.*, *Revista de Derecho Ambiental*, 1993, n.º 11, pp. 139 y ss.

(5) También la Directiva de la Comunidad Europea de 27 de junio de 1985, de evaluación de impacto ambiental, parte de un concepto muy amplio de medio ambiente, al referirse al hombre, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el clima, el paisaje, los bienes materiales y el patrimonio cultural (art. 3).

En cambio, la Directiva de 7 de junio de 1990 sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, se refiere básicamente a los recursos naturales, al mencionar las aguas, el aire, el suelo, la fauna, la flora, las tierras y los espacios naturales (art. 2).

te. Este es el fin del Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente.

En el preámbulo de este Convenio se tiene en cuenta el principio 13 de la Declaración de Río de 1992 sobre el medio ambiente y el desarrollo, que establece que los Estados deben elaborar una legislación nacional sobre la responsabilidad por los daños causados por la contaminación y otros daños al medio ambiente.

En el marco del Derecho comunitario, el instrumento de la responsabilidad civil se considera básico para la protección del medio ambiente. El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico muestra la posición de la Comunidad Europea. En 1984, el Consejo adoptó la Directiva relativa al seguimiento y al control en la Comunidad de los traslados transfronterizos de residuos peligrosos, que, en su decimonoveno considerando, dice que es importante que se defina la responsabilidad del productor y la de toda persona que pueda verse obligada a responder de un daño (...) para garantizar en dicho ámbito una reparación eficaz y equilibrada de los daños que puedan haberse causado durante la operación de traslado de residuos peligrosos. En el apartado 3 del art. 11 se dice, expresamente, que el Consejo debe decidir sobre las condiciones de aplicación de la responsabilidad civil al productor.

En 1986, tras el incendio de Sandoz que tuvo como consecuencia el envenenamiento del Rhin, el Consejo declaró que, para proteger con más eficacia las vías navegables de la Comunidad, el saneamiento y la restauración debían realizarse rápidamente y debían adoptarse acuerdos justos en materia de responsabilidad y de indemnización por los daños causados por la contaminación. Instó a la Comisión a revisar las medidas comunitarias vigentes para la prevención de la contaminación y la reparación de los daños a ella debidos y a presentar las propuestas pertinentes en los casos oportunos. Dos semanas después, el Parlamento Europeo adoptó otra Resolución en la que instaba expresamente a la Comisión a que propusiera un régimen comunitario de responsabilidad objetiva (...) en lo que se refiere a todas las actividades químicas de alto riesgo.

La adopción del Acta Única en 1986 y la consiguiente introducción del art. 130 R en el Tratado de la CEE, impulsaron el debate sobre responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Este artículo establece que la política comunitaria de medio ambiente debe basarse, entre otras cosas, en el principio según el cual quienes contaminan tienen que pagar por ello. Con el principio de «quien contamina, paga» se pretende asignar correctamente los costes externos de la contaminación. Este principio se ha venido aplicando en la Comunidad mediante la imputación a los explotadores de los costes que suponen las medidas de protección ambiental impuestas por los poderes públicos. Por otra parte, las Directivas sobre residuos, aceites usados y residuos tóxicos y peligrosos se refieren expresamente al principio de que «quien contamina,

paga» como fundamento de un sistema para imputar al poseedor y al productor de residuos la responsabilidad de los costes de una eliminación segura de los mismos. La responsabilidad civil por los costes del saneamiento del medio ambiente puede ser una aplicación concreta de ese principio.

Ante esta situación, el IV Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, publicado en 1987, declaraba que la Comisión se propone considerar el alcance de una nueva definición del término «responsabilidad» en el ámbito del medio ambiente (incluida la posibilidad de que el contaminador asuma una amplia responsabilidad por los daños causados por productos o procesos). En 1989 y 1990, además, el Parlamento Europeo solicitó que se creara un sistema de responsabilidad objetiva por los daños resultantes de la liberación al medio ambiente de organismos modificados genéticamente, en respuesta a lo cual la Comisión se comprometió a estudiar la aplicación horizontal de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

En octubre de 1989, la Comisión presentó una propuesta de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos, que establece un régimen de responsabilidad objetiva. El proyecto inicial se ha modificado para incluir una serie de propuestas formuladas por el Parlamento Europeo y actualmente está siendo estudiado en el Consejo.

A nivel de Derecho interno, algunos países cuentan ya con leyes que disciplinan la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente. En Italia, la Ley de 8 de julio de 1986, de constitución del Ministerio del Ambiente, contiene —a pesar de su objetivo primario— reglas sustantivas en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente. En Alemania, la Ley de 10 de diciembre de 1990 regula la responsabilidad medioambiental (6).

En nuestro país, carecemos de una ley que regule la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, aunque existe un Anteproyecto de Ley del medio ambiente de Euskadi (1994), que trata de hacer efectivo el principio «quien contamina, paga», como afirma la Memoria que lo presenta. El art. 65 se expresa de la siguiente manera: «*Responsabilidad civil*. Con independencia de las sanciones la Administración debe imponer al infractor las obligaciones de restaurar el medio ambiente alterado y de indemnizar los daños y perjuicios causados». Nuestra Constitución contempla este tipo de responsabilidad, al establecer el art. 45 que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y que la violación de lo dispuesto en el apartado 2 da lugar a la obligación de reparar el daño causado, utilizándose casi los mismos términos que aparecen en el art. 1902 del Código Civil (en adelante, CC).

(6) Una excelente traducción de esta Ley por CAÑIZARES y RODRÍGUEZ TAPIA, «La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 209 y ss.

Con carácter sectorial, existe una normativa que disciplina la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, que se inspira en el Convenio de París de 29 de junio de 1960, ratificado por España en virtud de Instrumento de 10 de octubre de 1961. La legislación española está constituida por la Ley de 29 de abril de 1964, reguladora de la energía nuclear, y el Reglamento de cobertura de riesgos nucleares, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1967.

También hay que citar al Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, ya que ha sido ratificado por España mediante Instrumento de 15 de noviembre de 1975.

La responsabilidad civil se configura como instrumento idóneo para resarcir los daños causados al medio ambiente, entendido como bien de titularidad colectiva. Sin embargo, también merecen el calificativo de ambientales los daños que sufren los particulares a consecuencia de inmisiones industriales que contaminan el aire, el agua, o el suelo, con el consiguiente perjuicio para las personas y las cosas. No cabe duda de que la lesión patrimonial que sufre el propietario de una finca, o la enfermedad que contrae una persona, o incluso su muerte, son repercusiones de la contaminación del medio ambiente a través de inmisiones industriales (7). Precisamente, la citada Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 configura una responsabilidad por daños individuales como consecuencia de influjos medioambientales. El objeto de protección directa de la Ley es especialmente el individuo. El medio ambiente se protege sólo de forma mediata, a través de aquella

(7) Así lo he puesto de relieve en varios estudios: CABANILLAS, «La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, p. 196, y «El daño ambiental», *Revista de Derecho Ambiental*, 1994, n.º 12, pp. 11-12. Se reconoce el derecho de cada individuo a defender su medio ambiente (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, *cit.*, p. 204) y con relación a la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS sobre inmisiones industriales se habla de daños ecológicos o ambientales: GARCÍA CANTERO, Comentario a la sentencia de 12 de diciembre de 1980, *Anuario de Derecho Civil*, 1981, p. 906, y en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1, 13.ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1987, p. 249; SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIV, Madrid, 1984, p. 634; CARDELÚS, «La responsabilidad civil en materia ambiental. Sentencia relativa a la Central Térmica de Soto de Ribera», *Documentación Administrativa*, 1981, n.º 190, pp. 633 y ss.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Responsabilidad civil y medio ambiente», en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, pp. 215 y ss.; MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, *cit.*, pp. 164 y ss., y «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo desde el cambio político», *Revista de Administración Pública*, 1985, n.º 108, pp. 187 y ss.; AUGER, «Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental», *Poder Judicial*, 1988, número especial IV, «Medio ambiente», pp. 111 y ss.; CONDE PUMPIDO TOURÓN, «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *Revista de Derecho Ambiental*, 1990, n.º 5, pp. 11 y ss.; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, 1991, pp. 183 y ss.; DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, 1994, pp. 25-26.

protección que la responsabilidad liga a un influjo medioambiental. La responsabilidad por inmisiones nocivas para la propiedades y la salud debe ser también analizada desde la perspectiva ambiental. Aunque algunos autores (8) afirman que no se trata de una tutela directa del medio ambiente, es indiscutible que constituye uno de los instrumentos jurídicos más eficaces para protegerlo.

Al abordar la problemática de la relación entre la responsabilidad civil y el medio ambiente es preciso analizar tanto la responsabilidad por daños al medio ambiente en cuanto tal, como la responsabilidad por inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad, que se traduce en la acción que ejercita el particular para ser resarcido, la cual va normalmente acompañada de la pretensión inhibitoria o negatoria dirigida a que se condene al demandado a la adopción de las medidas de precaución necesarias para que cese la actividad dañosa, que quizá sea donde, de un modo más claro, la vía civil protege al medio ambiente.

La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente evidencia la profunda transformación experimentada por el sistema del CC. La lesión del medio ambiente, fundamentalmente por el maquinismo y la industrialización, presenta singulares caracteres a los ojos del Derecho privado, tanto en cuanto a la naturaleza de los daños (continuados, isociales, futuros), como en cuanto a los sujetos (indeterminación de los agentes y de los lesionados), como en lo que respecta al concepto de culpa, como en lo relativo a la indemnización (dificultades de la reparación *in natura* o de cuantificación real de los deterioros), como en lo que atañe a las trabas procesales (legitimación para demandar), etc.

Se señala con toda razón (9) que el llamado daño al medio ambiente acaso constituya el banco de pruebas más comprometido para los postulados clásicos de la responsabilidad civil. Ciertamente, el desarrollo tecnológico e industrial ha comportado el aumento de riesgos no sólo para los particulares, como en el caso de los accidentes laborales, sino también para la colectividad entera, como en el caso de los daños ambientales. En este último caso, en el que los riesgos inciden sobre la colectividad, la responsabilidad civil puede también desarrollar su uti-

(8) PARRA LUCÁN, *La protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 17, y «Responsabilidad de los daños producidos como consecuencia de la contaminación de las aguas. Relación de causalidad» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 27 de octubre de 1990), *Poder Judicial*, 1991, n.º 21, p. 109; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La protección civil indirecta del medio ambiente», *La Ley*, 1992-3, pp. 880 y ss.; EGEA, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994, pp. 19 y 84 y nota 128; SÁNCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona, 1995, pp. 24 y 231.

(9) DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, pp. 50 y ss. Con amplitud MADDALENA, «I rischi ambientali: risarcibilità per danno pubblico ambientale», en *La qualità della vita e l'ambiente*, a cura di FERRANTI y PASCOLINI, Milano, 1989, pp. 45 y ss.

lísima función de prevención y distribución de los daños. Esto implica que sea preciso reconstruir toda la estructura de la responsabilidad civil de tal manera que sea adecuada para atender a la nueva función de tutela de los intereses colectivos y difusos.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INMISIONES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

1. El significado de las inmisiones

No existe en nuestro CC una norma que, con carácter general, discipline la problemática que plantean las inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad, y la responsabilidad que generan las mismas. En otros ordenamientos jurídicos la situación es diversa, siendo específicamente disciplinadas las inmisiones (parágrafo 906 BGB alemán, art. 844 CC italiano, art. 364.2 CC austriaco, art. 684 CC suizo y art. 1346 CC portugués). En nuestro país, la Comunidad Autónoma de Cataluña, en virtud de la Ley de 9 de julio de 1990, disciplina ampliamente las inmisiones (art. 3).

No faltan autores, sin embargo, que, apoyándose en algunos preceptos aislados del CC, consideran que cabe construir en nuestro Derecho una teoría general de las inmisiones a través de la analogía generalizadora. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (10) invocan los arts. 590 y 1908 CC, que se complementan recíprocamente. Si se tiene en cuenta que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos, y que en ambos preside el propósito legislativo de evitar inmisiones peligrosas o nocivas o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística nuestro CC prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último extremo, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe.

La mayor parte de los autores alemanes e italianos (11) caracterizan

(10) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones al Derecho de cosas de WOLFF, en *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III-1, 3.ª edición al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, p. 358.

(11) SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, München, 1986, pp. 551 y ss.; ROTH, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, Berlín, 1989, pp. 15 y ss.; PALANDI/BASSENGE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, p. 1041; JAUERNING, «Zivilrechtlichen Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung», en *Juristenzeitung*, 1986, pp. 605 y ss.; DE MARTINO, «Della proprietà», en *Commentario del Codice civile* a cura di SCIALOJA y BRANCA, art. 810-956, Bologna-Roma, 1964, pp. 178 y ss.; GOLDONI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, bajo la dirección de PERLINGIERI, Libro 3.º, Torino, 1983, pp. 76 y ss.; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Milano, 1992, p. 638. Además, son fundamentales para precisar las características de la inmisión los estudios

a las inmisiones como injerencias de carácter indirecto, material y positivo, excluyendo las negativas y las ideales del ámbito de aplicación del párrafo 906 BGB y del art. 844 CC italiano. Este es el criterio imperante en nuestra doctrina (12), y el que considero acertado, por ser el que mejor se acomoda a nuestro CC (arts. 590 y 1908).

El carácter positivo de la inmisión implica que debe producirse una penetración en la propiedad ajena de sustancias, partículas u ondas, provocando una interferencia en el disfrute pacífico y útil de la misma por su propietario o poseedor. Así se infiere del art. 1908.2.º y 4.º CC, que se refiere a humos excesivos que perjudican a las personas y a las propiedades o emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, debiendo incluirse, por evidente razón de analogía, otros supuestos parecidos (olores, gases, hollín, vapores o ruidos). No hay inmisión si se impide la entrada de algo, como, por ejemplo, si se priva al vecino del sol, del aire o del agua, sin perjuicio de la acción que le corresponda para que cese esta conducta abusiva (art. 7.2 CC).

Aunque la injerencia ha de ser el resultado de una actividad humana en el ejercicio del derecho de propiedad o de un derecho real, lo cual está implícito en el art. 1908.2.º y 4.º CC, la propagación de la injerencia ha de tener lugar por medios naturales (aire, agua y tierra). Por ello hay que excluir del concepto de inmisión a los cuerpos sólidos, de considerable tamaño, como, por ejemplo, las piedras, ya que difícilmente pueden propagarse por medios naturales, sin la intervención del hombre.

La injerencia que implica toda inmisión ha de tener carácter material, lo cual significa que tiene que ser apreciable físicamente, medida objetivamente por medio de aparatos científicos. Así se deduce de los casos citados en el art. 1908.2.º y 4.º CC. Las injerencias inmateriales o ideales (por ejemplo, las que constituyen una ofensa al decoro o a la moral, la actuación antiestética o la intromisión en la intimidad privada) quedan excluidas, aunque den lugar a la correspondiente responsabilidad (art. 1902 CC y Ley de 5 de mayo de 1982).

de ACERBIS, «Le immissioni, con particolare riferimento alla tutela de la salute e dell ambiente», *Quatrimestre*, 1988, pp. 733 y ss., y 1989, pp. 151 y ss.; NAPPI, *La regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1986, pp. 35 y ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, pp. 170 y ss.; SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell ambiente*, Milano, 1979, pp. 297 y ss.

(12) AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», en *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990, pp. 74-76; EGEA, *Acción negatoria...*, cit., pp. 73-77; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, I, Valencia, 1993, pp. 298-299; SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, «La acción negatoria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987)», *Poder Judicial*, 1988, n.º 10, p. 122.

La injerencia ha de ser indirecta, lo que implica que sus efectos han de comenzar en el fondo donde se lleva a cabo el acto que determina la propagación de sustancias, partículas u ondas al del vecino. La inmisión supone un *facere in suo* que da lugar a un *immittere in alienum*. Las injerencias directas en el fondo vecino son prohibidas por el ordenamiento jurídico, con independencia del límite de la normal tolerancia. En este sentido no constituye una inmisión, en virtud de lo dispuesto en los arts. 590 y 1908 CC, la construcción o plantación en suelo de otro. Estos preceptos se refieren a humos excesivos o emanaciones que derivan de la actividad de los propietarios en sus fundos, y que, al propagarse, perjudican a los vecinos.

El que la finca inmisora y la perjudicada deban ser vecinas, no quiere decir que tengan que ser colindantes, a pesar de que el art. 590 CC habla de pared medianera. De manera más amplia, el art. 1908.2.º CC alude a la responsabilidad de los propietarios por los daños causados a las personas y a las propiedades.

El perjuicio derivado de la injerencia puede afectar tanto a las propiedades como a las personas (art. 1908.2.º CC) que se encuentren en una relación directa con el inmueble.

No toda inmisión en la propiedad ajena está prohibida. Del art. 1908.2.º CC se deduce que sólo lo están las *excesivas* que sean nocivas a las personas o a las propiedades. La inmisión ha de alcanzar una cierta entidad o nivel. Las inmisiones que no superan la normal tolerancia tienen que ser soportadas, sin que pueda pretenderse ningún tipo de cesación o indemnización. Se trata de inmisiones lícitas.

Esta solución tiene su base fundamental en la doctrina de IHERING (13) que señaló que deben prohibirse no sólo las injerencias directas, sino también las indirectas (*mitterbare Eingriffe*), siempre que se deriven de un uso anormal de la finca y excedan de la ordinaria tolerancia. Con unos u otros matices, esta formulación ha sido acogida en los textos legales que disciplinan las inmisiones, como el BGB alemán (parágrafo 906), el CC italiano (art. 844), el CC suizo (art. 684), el CC portugués (art. 1346) y la Ley catalana de 9 de julio de 1990 (art. 3.2). Tolerabilidad y uso normal del derecho de propiedad son los criterios de permisión de las inmisiones, que deben ser medidas de acuerdo con los usos, teniendo en cuenta la situación, condiciones y naturaleza de los fundos.

(13) IHERING, «Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn», *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen und deutschen Privatrechts*, VI, Jena, 1863, pp. 81-130, esp. 113 y ss.

Los principios expuestos son inducibles en nuestro Derecho de artículos concretos del CC, tales como el 7.2, el 581, el 582, el 590 y el 1908, los cuales llevan a la conclusión de que las inmisiones serán lícitas siempre que estén dentro de un criterio de tolerabilidad, según los usos, reglamentos y circunstancias del caso, no implicando un uso anormal o excesivo del derecho (14).

Las inmisiones industriales son sin duda las que mayor interés ofrecen en la actualidad y a las que me voy a referir, pues el objetivo que persigo no es otro que analizar la problemática ambiental desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Las inmisiones industriales no sólo son causa de daños importantes a las propiedades, sino que también constituyen un grave peligro para la salud y la propia vida de las personas, y dan lugar al progresivo deterioro del medio ambiente, tutelado por el art. 45 de la Constitución.

A este problema se refiere ALONSO PÉREZ (15) cuando contempla las vecindades industriales. Señala la conveniencia de deslindar un Derecho de vecindad clásico o romanista, de un Derecho vecinal moderno o industrial. El moderno Derecho vecinal no sólo debe disciplinar las inmisiones interindividuales, sino todas aquellas que se denominan industriales, termonucleares, urbanísticas, por reformas agrarias, acaecidas por realización de obras públicas, etcétera. Porque, a modo de ejemplo, mientras en el ámbito de las inmisiones tradicionales se habla de daños o molestias, tolerables o no, esenciales o no, en el de las provocadas por la energía nuclear o por una industria química de importancia, las injerencias, emisiones o propagaciones a la propiedad ajena pueden ocasionar daños incalculables e irreversibles. Precisamente en el Derecho vecinal moderno han de compaginarse las exigencias de la industria, como fuente de trabajo y progreso, con la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, medio ambiente, calidad de vida, etc. El plano real de los conflictos de vecindad presenta en la actualidad una dimensión colectiva que valora la nocividad en la esfera ajena no sólo desde el vecino individual, sino desde el industrial, ente público o empresa que lesiona de modo grave el goce del bien ajeno.

(14) LÓPEZ y LÓPEZ, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral* (coords. LÓPEZ y LÓPEZ y MONTÉS), Valencia, 1994, p. 261; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1993, p. 169; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1, Barcelona, 1990, p. 337; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 131; ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, p. 391; *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: Especial consideración a los medios jurídico-civiles*. Consejo General del Poder Judicial, II, Madrid, 1993, pp. 1489-1490, «Comentario a la sentencia de 3 de diciembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, n.º 13, p. 5.268; ALBALADEJO, *Derecho civil*, III-I, Barcelona, 1983, p. 264, y *Compendio de Derecho civil*, Barcelona, 1991, p. 324; AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», *cit.*, pp. 76, 87 y 88; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, III, Madrid, 1985, p. 107.

(15) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *cit.*, p. 364.

La responsabilidad por inmisiones ha de ser enfocada básicamente a través de la aplicación del art. 7.2 CC, que prohíbe el ejercicio abusivo o antisocial de un derecho, y el art. 1908.2.º CC, que establece la responsabilidad de los propietarios por los daños causados por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

2. El daño resarcible

Como he apuntado anteriormente, el perjuicio derivado de la inmisión puede afectar tanto a las propiedades como a las personas (art. 1908.2.º CC) que tengan relación con el inmueble perjudicado.

Nuestra jurisprudencia civil contempla daños que afectan al derecho de propiedad, que es lesionado por inmisiones nocivas (SSTS de 9 de abril de 1866, 23 de junio de 1913, 10 de noviembre de 1924, 23 de diciembre de 1952, 30 de octubre de 1963, 19 de febrero de 1971, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 14 de julio de 1982, 27 de octubre de 1983, 31 de enero de 1986, 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989, 15 de marzo de 1993 y 24 de mayo de 1993) (16).

3. La competencia de los Tribunales civiles

En casi todas las sentencias de la Sala 1.ª del TS se cuestiona si los Tribunales civiles son competentes para establecer la responsabilidad por los daños sufridos por particulares a consecuencia de inmisiones nocivas. De manera constante, se afirma la competencia exclusiva de los Tribunales civiles cuando tiene lugar una lesión patrimonial por inmisiones nocivas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el cese de la actividad ocasionante del menoscabo (SSTS de 10 de noviembre de 1924, 14 de mayo de 1963, 19 de febrero de 1971, 12 de diciembre de 1980, 3 de septiembre de 1987, 16 de enero de 1989 y 20 de marzo de 1989).

4. La objetivación de la responsabilidad

Se aprecia en la jurisprudencia civil una clara tendencia a la objetivación de esta responsabilidad, aludiéndose en varias sentencias de la Sala 1.ª del TS a la teoría del riesgo y a la existencia de una responsabilidad que prescinde de toda idea de culpa (SSTS de 14 de mayo

(16) Exposición de los hechos y la doctrina de casi todas estas SSTS por CABANILLAS, «Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos», *Jurisprudencia práctica* (Tecnos), Madrid, 1991, pp. 19 y ss.; y «La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a la sentencia del TS de 15 de marzo de 1993)», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1957 y ss.

de 1963, 30 de octubre de 1963, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1993 y 24 de mayo de 1993).

Una de las vías que utiliza la jurisprudencia civil para objetivar *de facto* esta responsabilidad consiste en la rigorización de la diligencia que se exige, de tal modo que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias de índole administrativo (SSTS de 30 de octubre de 1963, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989 y 20 de marzo de 1989).

De igual manera que la jurisprudencia, nuestra doctrina (17) se apoya fundamentalmente en el art. 1908.2.º CC, que se inspira en remotos preceptos de la *Lex Aquilia de damno*, que hace responder civilmente a quien emita humos excesivos (D. 8.5.8.6). El art. 1908.2.º establece la obligación de indemnizar el daño causado por razón de «humos excesivos», que sean nocivos a las personas o a las propiedades. Basta que los humos sean excesivos, y que se produzca el daño, para que surja la responsabilidad del que los ha originado. Por razones de evidente analogía (art. 4.1 CC), la responsabilidad que perfila el art. 1908.2.º ha de ser tenida en cuenta para todos los demás tipos de inmisiones (gases, vertidos, olores, ruidos, etc.) que la vida moderna produce.

La solución acogida por nuestra jurisprudencia no difiere sustancialmente de la adoptada por la francesa. Los Tribunales franceses establecen el carácter objetivo de la responsabilidad por *trouble de voisinage*, apoyando sus decisiones en el simple hecho de causar un daño, con independencia de la culpabilidad, siempre que se exceda la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad, como se afirma a partir de la sentencia del Tribunal de Casación de 27 de noviembre de 1844 (18).

La objetivación de la responsabilidad por inmisiones aparece también en el sistema inglés y norteamericano de la *nuisance*. La *private nuisance* se identifica en gran medida con las reglas relativas a las relaciones de vecindad porque se refiere a toda interferencia ilícita en el uso y disfrute de una finca, o de algún derecho sobre o en conexión con

(17) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1994, p. 493; AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», *cit.*, pp. 83 y 96; ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas...*, *cit.*, p. 1.485; CABANILLAS, «La responsabilidad por inmisiones industriales», *cit.*, pp. 1.969 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993, p. 634; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1, *cit.*, p. 339.

(18) VISINTINI, «Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano)», *Rivista di Diritto Civile*, 1974-II, pp. 702 y ss.; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations I. Responsabilité délictuelle*, París, 1991, pp. 173 y ss.; CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, París, 1991, pp. 352 y ss.; TERRÉ y SIMLER, *Droit civil. Les biens*, París, 1992, pp. 197 y ss.

ella (19). Se refiere a todas aquellas actividades que causan una molestia no razonable al vecino (20).

Existe un principio de *Common Law* firmemente asentado, relacionado con la *nuisance*, que prevé la responsabilidad objetiva cuando concurren determinadas circunstancias que envuelven especial peligro. Esta doctrina, conocida como *the rule in Rylands v. Fletcher* (1866), es uno de los mejores ejemplos de responsabilidad objetiva (21).

El juez Blackburn estableció el principio de que la persona que, en su propio interés, trae a su propiedad y deposita y guarda allí cualquier cosa susceptible de causar daños si se escapa, debe retenerla y, si no lo hace así, será responsable *prima facie* de todos los daños que sean consecuencia natural de su escape (22).

Refiriéndose al sistema jurisprudencial francés sobre la responsabilidad por *trouble de voisinage*, ALONSO PÉREZ (23) formula un juicio que es perfectamente aplicable al que adopta nuestra jurisprudencia civil, puesto que coinciden al objetivar la responsabilidad por los daños que sobrepasan los inconvenientes normales de vecindad: el sistema jurisprudencial francés tiene una coherencia lógica y económica, basada en el principio de que el empresario asuma los daños causados por inmisiones, absorbidos como costes industriales o por el seguro, e incentivando a menudo la disposición de instrumentos idóneos para reducir la nocividad.

La responsabilidad objetiva fomenta que los empresarios pongan los medios apropiados para evitar o, al menos reducir, las inmisiones nocivas, especialmente cuando el coste de hacerlo es inferior al coste de indemnizar.

5. La antijuridicidad

Una inmisión es antijurídica cuando produce un daño a tercero que no está obligado a soportar, de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento jurídico. La inmisión es antijurídica cuando supone una extralimitación del derecho de propiedad objetivamente abusiva que

(19) WINFIELD y JOLOWICZ, *On Tort*, 13.^a ed., por ROGERS, London, 1989, p. 378.

(20) WINFIELD y JOLOWICZ, *On Tort*, cit., p. 386; FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney, 1987, pp. 387 y ss.; SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, 19.^a ed., por HEUSTON y BUCKLEY, London, 1987, pp. 59 y ss.

(21) Sobre el famoso caso *Rylands v. Fletcher*, FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pp. 308 y ss.; SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., pp. 355 y ss.; WINFIELD y JOLOWICZ, *On Tort*, cit., pp. 42 y ss.

(22) FLEMING, *The Law of Torts*, cit., p. 308.

(23) ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», cit., p. 382.

lesione intereses particulares legítimos. Como señala ALONSO PÉREZ (24), en toda relacional vecinal afectada por inmisiones que exceden el índice normal de tolerancia se esconde un manifiesto abuso de derecho. Si la defensa de la relación intervecinal lesionada por inmisiones extralimitadas no encuentra apoyo en normas concretas puede acudir como remedio eficaz a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho (art. 7.2 del CC).

Nuestra jurisprudencia civil admite que puede concurrir el requisito de la antijuridicidad, a pesar de que la instalación contaminante haya cumplido estrictamente los reglamentos administrativos, contando con la oportuna licencia (SSTS de 30 de octubre de 1963, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989 y 24 de mayo de 1993).

Hay que subrayar la independencia respectiva de la responsabilidad civil y las licencias, de acuerdo con la propia normativa administrativa (25).

La licencia se entiende otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de tal manera que no podrá ser invocada para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en que hubiesen incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades (art. 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955).

Numerosas disposiciones legales que tutelan el medio ambiente establecen que las sanciones administrativas que se imponen por infracciones, se entienden sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades civiles y penales (art. 12 de la Ley sobre Desechos y Residuos Sólidos Urbanos, de 19 de noviembre de 1975; art. 13.1 de la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, de 14 de mayo de 1986; art. 12 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, de 22 de diciembre de 1972; art. 84 del Real Decreto de 6 de febrero de 1975, por el que se desarrolla la Ley de 22 de diciembre de 1972; art. 37 de la Ley de 27 de marzo de 1989 sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres).

Es interesante destacar que en el ámbito jurídico-penal, la SSTS, de la Sala 2.^a, de 30 de noviembre de 1990 declara la responsabilidad penal del director de la central térmica contaminante, siendo ésta responsable civil subsidiaria, a pesar de que el recurrente alega que los índices de la emisión de dióxido de azufre y residuos sólidos a la atmósfera estaban autorizados por sendas Ordenes del Ministerio de Industria, que actuaban como factor determinante de la ausencia de antijuridicidad en su conducta.

(24) ALONSO PÉREZ, «Comentario a la sentencia de 3 de diciembre de 1987», *cit.*, p. 5.268.

(25) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Madrid, 1973, pp. 58 y ss.

Para el TS, aun en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que autorizase inmisiones o vertidos en límites peligrosos o inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato el art. 45 de la Constitución por lo que la norma devendría inconstitucional.

6. La relación de causalidad

La imputación de responsabilidad por inmisiones plantea al perjudicado el grave problema de la demostración de la relación de causalidad, por las siguientes circunstancias: 1) La complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder conseguir esa demostración. 2) Algunas de las consecuencias dañosas se manifiestan con el transcurso de un largo período de tiempo. 3) El resultado lesivo puede ser el resultado conjunto de la confluencia de varias inmisiones, procedentes de distintos emitentes. En la acumulación sinérgica, el daño sólo se produce por el efecto conjunto de todas las emisiones; cada uno de los emitentes, aisladamente, no produciría el resultado lesivo que se ocasiona con la actuación conjunta (inmisiones acumuladas). 4) A veces existe una notable distancia entre los probables lugares de emisión y aquéllos en que se han sufrido los efectos perjudiciales.

La doctrina alemana (26) destaca, sobre todo, las dificultades probatorias que surgen para el perjudicado cuando se trata de inmisiones acumuladas (*summierte Immissionen*), pues aunque no tenga que precisar la contribución de cada uno de los emitentes a la causación del daño, si deberá demostrar que de sus respectivas actividades se deriva el perjuicio cuyo resarcimiento se reclama.

Las dificultades existentes para demostrar la relación de causalidad explican que, a pesar de haberse producido un grave daño por inmisiones, algunas sentencias de la Sala 1.^a del TS hayan absuelto al demandado por no haberse probado cumplidamente la relación o nexo causal (SSTS de 28 de junio de 1979, 19 de junio de 1980 y 27 de octubre de 1990).

En otras sentencias, sin embargo, frente a la alegación del recurrente de que no se ha acreditado la relación de causalidad, el TS sí la consideró demostrada, atendiendo a aquella causa que, aun concurriendo con otras, sea decisiva y determinante del evento dañoso, en relación con las circunstancias del caso y el buen sentido (SSTS de 14 de junio de 1982, 13 de junio de 1988 y 16 de enero de 1989).

En todo caso, es muy discutible el criterio de absolver a un demandado sólo por el hecho de que se acredite en el juicio que también otros agentes contribuyeron al resultado dañoso. De ahí que sea criticable la STS de 19 de junio de 1980. En el caso de esta sentencia, el titular de una mejillonera, sita en la bahía de La Coruña, pretendió imputar al armador de un petrolero los daños sufridos en sus instalaciones por derrames de petróleo. El TS no considera probada la relación de causalidad, pues gran número de buques habían sido sancionados por las mismas fechas por vertidos en las aguas de la bahía, de lo que se deduce que los mejillones del demandante no fueron afectados, en el caso de sufrir estos perjuicios, sólo por los residuos imputables al demandado. El fallo de la sentencia se fundamenta en que los supuestos daños cuyo importe se reclama no provinieron exclusivamente de vertidos del buque, sino además de otros muchos.

Esta argumentación es poco convincente. Si se evidencia que los vertidos de petróleo del buque del demandado perjudicaron a las instalaciones del demandante, está probada la relación de causalidad, aunque otros buques hubieran llevado a cabo también vertidos en la bahía de La Coruña en las mismas fechas. Parece evidente que el demandado debe responder en la medida de daño que haya causado con sus vertidos al demandante. Lo que resulta muy discutible es el criterio de absolver a un demandado sólo por el hecho de que se acredite en el juicio que también otros agentes contribuyeron al resultado dañoso.

En el caso de pluralidad de agentes en la causación del daño, la posible solución es la de atribuir la responsabilidad a alguno o a varios de ellos, pero absolviendo a aquél o aquéllos cuya participación en el resultado dañoso pudiera considerarse insignificante o irrelevante. Esta apreciación ha de basarse en la «relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados», según palabras de la STS de 27 de octubre de 1990. O, en su caso, acudiendo al concepto de «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica» (27).

La sentencia de 14 de junio de 1982 tiene interés porque el TS considera, con evidente acierto, que en el supuesto de concurrencia de causas (lo cual, sin embargo, no se acreditó en el caso de autos), hay que atender a la causa decisiva y determinante del daño. Esto significa que, tal como señalé anteriormente, no sean relevantes, a efectos de la determinación de la relación de causalidad, aquellos agentes cuya parti-

(26) NAWRATH, «Die Haftung in Fällen der Unaufklärbarkeit der Verursachungsanteile bei summierten Immissionen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, pp. 2361-2362; SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, cit., p. 576; GMEHLING, *Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmissionen*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1989, pp. 252 y ss.

(27) DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 599.

cipación en el resultado dañoso pueda considerarse insignificante o irrelevante.

La referencia a las circunstancias del caso y el buen sentido implica una postura realista, que ha seguido el TS en numerosas sentencias (entre las más recientes, la de 19 de diciembre de 1992), y que es particularmente idónea cuando estamos en presencia del daño producido por inmisiones, donde el problema de la acreditación de la relación de causalidad, que recae sobre el perjudicado, suele ser complejo, sobre todo cuando se producen inmisiones acumuladas.

7. La legitimación activa y pasiva

Todas las sentencias mencionadas contemplan daños causados a un concreto derecho subjetivo, cual es el de propiedad, por inmisiones, considerándose legitimados activamente los propietarios perjudicados y sus herederos para demandar la correspondiente indemnización y la cesación de la actividad productora de los daños.

La acción resarcitoria se dirige contra la instalación causante de la inmisión. También, lógicamente, la demanda puede interponerse contra la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil de la instalación que origine la inmisión nociva (art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro). No obstante, es muy significativo que ninguna de las sentencias citadas condene a una compañía de seguros, lo cual sólo puede explicarse por el escaso arraigo del seguro en este ámbito. En nuestro país es usual la exclusión de la cobertura de la contaminación en las pólizas de responsabilidad civil, quedando como garantía opcional, tal como expondré más adelante.

La STS de 23 de junio de 1993, impone al propietario de una cosa realizar todo lo necesario para que cesen los daños producidos por ella, incluso aunque no fuera el actual propietario declarado responsable el que realiza el original acto contaminador, ya que, según esta sentencia, la obligación del art. 1902 del CC alcanza al dueño de una cosa que por omisión da lugar a que se produzcan ciertos daños, sin que pueda excusarle de tal obligación la circunstancia de que al adquirir la cosa generadora de los daños se hallase en igual estado y se produjeran los mismos resultados dañosos.

A pesar de que las instalaciones industriales actúen con independencia, si la causa del daño se encuentra en la concurrencia de diversas inmisiones, sin poder precisarse exactamente la parte en que es imputable el daño a cada una de ellas, hay que afirmar la responsabilidad solidaria, siempre que la autoría del daño haya quedado

acreditada (28).

La STS de 15 de marzo de 1993, pone de relieve que la responsabilidad por inmisiones industriales, además de tener un claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, frente al tercero perjudicado es, en todo caso, como establece el art. 1908.2.º del CC, una responsabilidad propia, y directa del propietario o empresario que explota la fábrica y de cuyo funcionamiento se beneficia (*ubi emolumentum, ibi onus*), lo que no impide, obviamente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la fábrica, pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente, pero en modo alguno hacer surgir, frente al tercero perjudicado, litisconsorcio pasivo necesario (29).

No se plantea en ninguna de las sentencias de la Sala 1.ª del TS la posible responsabilidad del Estado por el daño ocasionado por una instalación industrial privada que cuenta con licencia administrativa.

El problema se ha suscitado agudamente en Alemania. El Tribunal Supremo Federal (BGH), en la importante sentencia de 10 de diciembre de 1987 (30), no considera responsables civiles al Estado y al *Land de Baden-Württemberg* por los daños provocados por repetidas inmisiones procedentes de instalaciones industriales de carácter privado, alejadas del lugar donde el daño se produjo (la muerte del bosque).

Los demandados (el Estado Federal y el *Land de Baden-Württemberg*) no son los explotadores de las instalaciones sujetas a autorización, que expelen sustancias contaminantes a la atmósfera. Las inmisiones nocivas no tienen su origen en una voluntad determinante de los demandados. Estos se han limitado a autorizar las instalaciones de acuerdo con la normativa vigente, y por esta causa no se les puede considerar responsables según el art. 14.2 de la Ley Federal de Protección contra las Inmisiones de 15 de marzo de 1974.

(28) SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, cit., p. 576; GMEHLING, *Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmissionen*, cit., p. 225; GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, Berlín, 1989, p. 216. Cuando el daño se ha producido por el efecto conjunto de inmisiones, la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) alemán de 13 de febrero de 1976 se refiere a la dificultad de probar en qué proporción se ha causado el daño, y por ello se inclina por aplicar el régimen de la responsabilidad solidaria. En la doctrina italiana, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., pp. 409 y ss.

En nuestra doctrina, SÁNCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, cit., p. 262.

(29) Un amplio análisis de la sentencia de 15 de marzo de 1993 por CABANILLAS, «La responsabilidad por inmisiones industriales...», cit., pp. 1.957 y ss.

(30) Un amplio comentario de esta sentencia ha sido realizado en nuestra doctrina por ALBIEZ, «La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 10 de diciembre de 1987)», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 1.215 y ss. También WEYERS y KADNER, «Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1987 (traducción de GONZÁLEZ PACANOWSKA), en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 1233 y ss.

La mera autorización que concede el Estado Federal o el *Land de Baden-Württemberg*, permitiendo la actividad de las instalaciones industriales que posteriormente llevarán a cabo las inmisiones nocivas, no puede ser equiparada a la autoría del daño.

No obstante, es justo que en los casos de contaminación por sinergia, en que la autoría del daño no ha podido ser acreditada, como el planteado en esta sentencia, cualquier perjudicado sea resarcido. No tanto por el Estado Federal o el *Land*, que asumirían en tal caso una carga financiera enormemente gravosa, sino por un adecuado sistema de cobertura del riesgo ambiental.

8. La reparación del daño y la cesación de la actividad nociva

En todas las sentencias citadas, el TS condena al demandado a resarcir los daños patrimoniales causados por la inmisión nociva.

Sólo se puede acudir a la reparación por equivalente (en metálico) cuando no es posible la reparación específica o *in natura*, que consiste en la remoción de la causa del daño y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo. No cabe duda que ésta es la forma natural y primera de indemnización, entendido este concepto como acción de «dejar indemne» a la víctima.

La condena a la reparación *in natura* es claramente afirmada por la STS de 23 de septiembre de 1988, en un caso de contaminación en las aguas del pozo de la finca del actor por filtraciones nocivas de la balsa de la finca de la demandada. Se impone a la recurrida la obligación de realizar las labores de limpieza necesarias para restablecer las aguas del pozo a su pristino estado. Las aguas que han sido arteramente contaminadas, deben ser recuperadas en su estado de pureza natural, sean o no potables, y se consuman o no de hecho por el personal de la finca y los ganados del actor.

En la STS de 16 de enero de 1989 se contempla la pretensión de indemnización del daño moral, que fue rechazada por el TS por tratarse de una cuestión nueva. Se afirma en la sentencia que dándose por probado la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores, y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta con ello una situación de peligro latente también para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio al menos de orden moral, que debió haber sido considerado y valorado, mas tal aspecto de la cuestión, que no deja de presentar cierto interés, al no haber sido planteado en el momento procesal oportuno, se nos presenta en este extraordinario recurso de casación, como cuestión nueva, y por ello vedada al acceso al mismo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Los daños producidos por inmisiones suelen ser daños continuados. Esto determina que sigan produciéndose mientras la demanda está pendiente de satisfacción, por lo que los daños reclamados en un principio pueden no cubrir aquéllos que, de la misma conducta dañosa, han surgido después de presentada la demanda.

Se admite que la cuantía de los daños sea fijada en el trámite de ejecución de sentencia (SSTS de 23 de diciembre de 1952, 14 de mayo de 1963 y 14 de julio de 1982).

El demandante puede formular la demanda pidiendo que le sean indemnizados los daños que se acrediten en el juicio o en ejecución de sentencia.

En bastantes sentencias, el TS ordena, además de la correspondiente indemnización, la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de remedios que detengan su desarrollo y la adopción de las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales (SSTS de 23 de junio de 1913, 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960, 14 de mayo de 1963, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987, 23 de septiembre de 1988, 16 de enero de 1989 y 15 de marzo de 1993).

Estas sentencias de la Sala 1.^a del TS reconocen que la existencia de una normativa de carácter administrativo e, incluso, de una licencia que ampare la actividad de la instalación del demandado, no excluye la competencia de la jurisdicción civil para ordenar que se adopten las medidas técnicas precisas para evitar que continúen produciéndose consecuencias dañosas. El fundamento de esta doctrina se encuentra en que el perjudicado no tenga que seguir soportando un daño que se considera antijurídico. La condena del agente del daño a eliminar la causa del daño parece razonable si se tiene en cuenta que, en muchos casos, la indemnización del daño puede ser insuficiente.

Como dije anteriormente, la condena a la adopción de las medidas necesarias para que cese la actividad dañosa, quizá sea el medio donde, de un modo más claro, la acción civil protege al medio ambiente, y por ello se trata de un mecanismo que armoniza perfectamente con el art. 45 de la Constitución, sin que deba en ningún sentido ser disminuida su operatividad, con el argumento, escasamente convincente, de que los Tribunales ordinarios invaden la esfera del Derecho público cuando la instalación que lleva a cabo la inmisión nociva está autorizada administrativamente. No se trata, en rigor, de usurpar una competencia de la autoridad administrativa, sino de evitar que siga produciéndose el daño, que seguramente es lo que más interesa al perjudicado.

Ordenando el cese de una actividad autorizada por la Administración no se invade el campo administrativo, porque la licencia se concede siempre sin perjuicio de tercero, como señalé anteriormente.

En la doctrina administrativista, MARTÍN MATEO (31) observa que no parece razonable que el Tribunal juzgador asumiese, estoicamente, la continuidad de los daños reclamados.

Por consiguiente, en el caso de que la actividad inmisora no pueda ser corregida con la adopción de medidas adicionales, los Tribunales civiles pueden incluso ordenar la paralización de la actividad, a pesar de que ésta cuente con las licencias correspondientes y no vulnere la legislación administrativa (32).

De hecho el Juez no exigirá nunca directamente la paralización, porque siempre existirán medidas, más o menos costosas, para impedir la inmisión. Lo que sí puede suceder es que la decisión del Juez comporte la paralización indirecta de la actividad, al convertirse ésta en económicamente inviable.

En el caso de la STS de 14 de mayo de 1963, el recurrente alegó que la condena a la sociedad demandada (por el lanzamiento de polvos al llevar a cabo la trituración y calcinación de dolomías, que ocasionan daños a las fincas circundantes) a que ponga término a la causa productora de los daños inmediatamente, dejando las propiedades y fincas de los actores libres de los efectos del polvo y gases en cuestión, viene a envolver la condena indirecta al cierre de la fábrica.

Se señala que la tutela inhibitoria, impeditiva de la continuación de la inmisión ilícita, se basa en el criterio del art. 7.2 CC (33). Si la actividad, habida cuenta de las circunstancias, sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho, junto a la correspondiente indemnización, procede también la adopción de medidas que impidan la persistencia del abuso (34).

Sin embargo, en armonía con la solución acogida en el Derecho alemán, se está imponiendo en nuestra doctrina, cada vez con más fuerza, la tesis que *invoca la acción negatoria para conseguir este efecto jurídico*. La posibilidad que tiene el propietario de un bien inmueble que sea perjudicado por una inmisión para hacerla cesar no sería más que una manifestación de la acción negatoria. Como señalan SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE (36), el litigio

(31) MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, cit., p. 166.

(32) AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», cit., pp. 82-83; DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 578; SÁNCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, cit., pp. 27 y 146.

(33) LÓPEZ y LÓPEZ, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, cit., p. 261.

(34) PARRA LUCÁN, *La protección del medio ambiente*, cit., p. 155.

(35) AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», cit., p. 85; ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas...*, cit., p. 1.499; SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, «La acción negatoria...», cit., pp. 118 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», cit., p. 14; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La acción negatoria*, Madrid, 1993, p. 92; MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, cit., pp. 171-172; SÁNCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, cit., pp. 144 y ss.

(36) SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, «La acción negatoria...», cit., pp. 118 y ss.

planteado en la STS de 3 de diciembre de 1987 es un caso ejemplar de la acción negatoria: los demandados pedían que se dejaran de producir cualesquiera actividades que engendren vibraciones, ruidos por encima de los decibelios autorizados y contaminaciones. Se trata del ejercicio de la acción negatoria, en su vertiente de acción de cesación, que es la acción que tiene el propietario o titular de un derecho real de goce sobre la finca para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o detentación indebidas de la posesión.

La acción negatoria, reconocida en la Ley catalana de 9 de julio de 1990 (art. 2), debe servir para alejar o rechazar cualquier inmisión molesta y nociva más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal.

Ningún obstáculo debe existir para que quien adquiere un inmueble contaminado pueda ejercitar la acción negatoria frente al inmisor. Ciertamente, aquél que compra lo hace condicionado por las características del bien, pero también con todas las acciones que posea el propietario anterior para reclamar. Se compra más barato si existe una inmisión, pero el precio aún sería inferior si no existiera ninguna posibilidad legal de evitarla (37).

Nuestra jurisprudencia civil contempla la cesación de la perturbación causada por quien da origen a una inmisión desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual. El resarcimiento se extiende tanto a los perjuicios ya originados, como a la adopción de las medidas de prevención que impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

La acción de responsabilidad por acto ilícito, como vía para demandar la cesación de la perturbación y la indemnización por daños, adquiere un contenido prácticamente idéntico al de la acción negatoria, es decir, al que proporciona, por ejemplo, el art. 2 de la Ley catalana de 9 de julio de 1990, con algunas discrepancias, como las referidas al plazo de prescripción o a la posibilidad de demandar sólo la cesación de perturbaciones futuras previsibles (38).

Este planteamiento no parece técnicamente correcto, si la cesación de la perturbación se configura como una manifestación de la acción negatoria, ya que ésta tiene carácter real, y la acción de responsabilidad por acto ilícito del artículo 1902 CC, de naturaleza personal. SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE (39) lo han

(37) AMAT, «La regulación de las inmisiones en el CC», *cit.*, p. 89.

(38) EGEA, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, *cit.*, pp. 22 y ss.

(39) SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, «La acción negatoria...», *cit.*, p. 123. En realidad, como señala SÁNCHEZ-FRIERA (*La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, *cit.*, p. 146), hay que entender que cuando los Tribunales civiles imponen medidas correctoras o la clausura de la actividad perturbadora ante el ejercicio de la acción de indemnización ex art. 1902 lo que están haciendo es acumular la acción negatoria o los efectos interdictales a la acción de responsabilidad civil.

puesto de relieve con notable claridad, siguiendo a BAUR: debe distinguirse la acción de cesación de la responsabilidad civil con la que a veces se confunde. Aquélla se dirige a conseguir el *contrarius actus* de la perturbación. Esta es, en cambio, una acción indemnizatoria. Se encamina a obtener la reparación de daños.

La acción negatoria no está destinada a reparar el daño causado, sino a evitar que se cause paralizando las actividades que causan perturbaciones ilegítimas dañinas.

Algunos ordenamientos, como el alemán o el catalán, cuentan con disposiciones legales que disciplinan las inmisiones y contemplan específicamente el problema que sea planteado cuando se producen inmisiones que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente. Ambos ordenamientos establecen que en tal caso el ejercicio de la acción negatoria queda excluido (art. 14.2 de la Ley Federal alemana de Protección contra las Inmisiones y art. 3.5 de la Ley catalana de 9 de julio de 1990).

El análisis de la jurisprudencia civil muestra que nuestro TS se refiere sólo al resarcimiento de daños patrimoniales que han sufrido determinados propietarios. Esto no significa que no quepa el resarcimiento de daños sufridos por las personas a consecuencia de inmisiones. El art. 1908.2.º CC se refiere a humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades. Tiene razón RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA (40) al propugnar la inclusión de los daños morales y de los daños a la salud (física y psíquica) de las personas dentro de los conceptos indemnizables, conjuntamente con los más clásicos daños al derecho de propiedad.

El TS sólo admite expresamente que la jurisdicción ordinaria puede adoptar medidas de prevención del daño previsible, pero sobre la base de un daño producido ya, y para evitar que el daño se siga produciendo (tutela inhibitoria o tutela de cesación); lo que implica una acción *post damnum*. Sin embargo, la prevención puede no partir de un hecho dañoso ya producido en el que fundar la acción. Por eso se dice que si se admite la adopción judicial de medidas preventivas, partiendo del hecho de que el daño ya se ha producido, no se ve inconveniente en admitir también que el temor fundado en circunstancias objetivas de que el daño se produzca, justifique tales medidas preventivas, puesto que tanto da que el daño se siga produciendo, que evitar que el daño llegue a producirse. Es preciso acreditar un interés directo, personal y legítimo por parte de quien va a ser lesionado. Los arts. 24 y 45.1 de la Constitución permiten directamente afirmar la posibilidad de

(40) RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, «La protección civil indirecta del medio ambiente», *cit.*, p. 913.

conseguir ante el Juez ordinario la adopción de medidas que eviten el daño previsible (41).

9. La prescripción

La acción dirigida a la indemnización de daños y perjuicios y la acción negatoria, en su vertiente de acción de cesación, admitida en este ámbito por numerosos autores, son diversas y merecen, por ello, un tratamiento jurídico diferente, que es especialmente evidente en relación con el plazo de prescripción.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, propia de la responsabilidad civil extracontractual, está sometida al plazo de prescripción de un año que establece el art. 1968.2.º CC, mientras que la acción negatoria tiene carácter real, y está sometida al plazo de prescripción de treinta años que establece, en relación con los bienes inmuebles, el art. 1963 CC.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia civil no establece la distinción apuntada, refiriéndose exclusivamente al plazo de prescripción de un año que establece el art. 1968.2.º CC, ya que, como señalé anteriormente, contempla la cesación de la perturbación causada por quien da origen a una inmisión desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual.

El ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, cuando se trata de daños producidos por inmisiones, plantea el problema de la brevedad del plazo de prescripción de esta acción, que es de un año, desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2.º CC). La brevedad de este plazo ha determinado que nuestra jurisprudencia civil considere que el mismo no empieza a correr desde el inicio de la producción del daño, sino a partir del momento en que el daño está totalmente verificado (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 16 de enero de 1989, 15 de marzo de 1993 y 24 de mayo de 1993).

En la medida en que el inicio del plazo de prescripción empieza a correr a partir del momento en que el daño está totalmente verificado, no hay razón para limitar la reclamación a los daños manifestados en el último año, como sostuvo el TS en la sentencia de 23 de junio de 1913.

Esta interpretación no tiene apoyo en precepto alguno (desde luego no lo tiene en el art. 1968.2.º CC) e implica una escasa protección del perjudicado, que como exige la justicia y la equidad debe ser resarcido de todos los daños que haya sufrido, en línea con el principio que se infiere de los arts. 1902 y 1106 CC. En este sentido se pronuncia la STS

(41) ROCA JUAN, «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 782-783; PARRA LUCÁN, *La protección del medio ambiente*, cit., pp. 153-154.

de 15 de marzo de 1993, en consonancia con las anteriormente citadas. También la STS de 24 de mayo de 1993.

Cuando las inmisiones causan daños a personas, perjudicando su salud, tanto física como mental, e incluso ocasionando la muerte del perjudicado, la acción es imprescriptible, porque la salud y la vida son bienes o derechos de la personalidad y éstos son imprescriptibles.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

1. La ausencia en nuestro Derecho de una disposición legal que regule específicamente esta responsabilidad

A diferencia de lo que acontece en Alemania e Italia, carecemos de una ley que discipline esta responsabilidad, aunque nuestra Constitución la contempla, al establecer el art. 45 que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y que la violación de lo dispuesto en el apartado 2 (utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida) da lugar a la obligación de reparar el daño causado, utilizándose casi los mismos términos que aparecen en el art. 1902 CC.

A nivel de Derecho comunitario, tampoco existe una Directiva que contemple la reparación del daño ambiental, aunque sí una propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos (42). Además, es muy importante el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, ya que señala los problemas que plantea la responsabilidad civil por daños al medio ambiente y el camino más adecuado para solucionarlos.

Hay que subrayar que España no ha ratificado todavía el Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente.

Este panorama evidencia las grandes dificultades que existen para perfilar el régimen jurídico de esta responsabilidad, aunque considero que es factible precisar sus líneas maestras y, en definitiva, los aspectos más característicos de la misma, teniendo en cuenta los rasgos básicos del instituto de la responsabilidad civil, que ha experimentado una profunda evolución a partir de las Revoluciones industrial y tecnológica, los principios que se infieren del Derecho comunitario europeo, con prioritaria atención al Libro Verde sobre reparación del daño ecológico y a la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad

(42) DO n.º C 192 de 23 de julio de 1991.

civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente, el citado Convenio del Consejo de Europa, que convendría que fuese ratificado por España, y la experiencia de los ordenamientos jurídicos que han disciplinado específicamente esta responsabilidad.

2. El daño ambiental

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico se refiere a las grandes catástrofes ecológicas ocurridas en la Comunidad Europea, evocando los nombres de Seveso, Amoco-Cádiz, Sandoz, La Coruña o Braer. Son accidentes que provocaron la indignación general y pusieron dramáticamente de manifiesto la necesidad de sanear y restaurar los medios tras un daño ecológico. No obstante, los daños consecuencia de accidentes sólo constituyen una pequeña parte de los daños ecológicos que se producen hoy en día en la Comunidad. Las emisiones de instalaciones industriales y de vehículos de motor contaminan la atmósfera y provocan la muerte de los bosques. Las aguas residuales municipales y agrarias degradan las aguas superficiales y subterráneas. Las sustancias peligrosas depositadas en el pasado contaminan el suelo. Los daños ocasionados por estas actividades, que no constituyen accidentes en sí, son menos espectaculares, pero, en contrapartida, son más frecuentes y no por ello menos necesitados de medidas de reparación.

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico considera fundamental contar con una definición jurídica de daño al medio ambiente, pues ella va a regir el proceso de determinación del tipo y campo de aplicación de las correspondientes medidas de reparación y, consiguientemente, los costes que pueden llegar a recuperarse por vía de la responsabilidad civil. A pesar de ello, sigue sin haber acuerdo acerca del objeto del daño ecológico, el grado a partir del cual un impacto puede considerarse tal daño y quién tiene derecho a decidir sobre estos aspectos.

La configuración del daño ambiental depende, lógicamente, de la noción que se adopte sobre el medio ambiente, y en este punto no hay concordia, porque hay opiniones que se inclinan por considerar que sólo deberían incluirse en este concepto la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre los mismos, mientras que hay otras opiniones favorables a la inclusión de objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo. En el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, la acepción de medio ambiente es bastante amplia: incluye recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción de los mismos factores, los bienes que componen el patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje (art. 2 [10]).

El criterio para determinar el grado de impacto a partir del cual existe un daño ambiental es establecido por la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos, al definir el «deterioro ambiental» como cualquier degradación física, química o biológica *importante* del medio ambiente, siempre que no se considere daño a un bien (art. 2 d).

Para el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, el daño significa toda pérdida o daño que resulte de la alteración del medio ambiente (art. 2. 7 c). Sin embargo, el explotador no es responsable, en virtud del presente Convenio, si prueba que el daño resulta de una contaminación de un nivel tolerable, teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes (art. 8 d).

La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 establece que un daño por influjo medioambiental existe si es causado por sustancias, vibraciones, olores, presiones, rayos, gases, vapores, calores u otros fenómenos que se han propagado por el suelo, el aire o las aguas (art. 3.1).

Si la instalación se explotaba de conformidad con las disposiciones vigentes (art. 6.2.2) se excluye el deber de indemnizar los daños en las cosas, si las mismas se dañan de forma insignificante o en una medida tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar (art. 5).

A pesar de su título, esta Ley protege sólo de forma mediata al medio ambiente, ya que su objeto es reparar los daños causados a las personas (muerte o lesiones en el cuerpo o la salud) o a las cosas por influjos al medio ambiente, procedentes de determinadas instalaciones (art. 1.1).

Sólo el que es directamente lesionado en uno de los bienes jurídicos protegidos puede demandar la indemnización del daño sufrido. Las cosas en el sentido de la Ley son únicamente los objetos corporales. No son cosas —ya que no son delimitables— el aire, el mar abierto y el agua corriente (43).

La Ley italiana de 8 de julio de 1986 establece que el daño surge cuando se altera, deteriora o destruye en todo o en parte el medio ambiente. Sin embargo, la responsabilidad del autor del daño, que obliga al resarcimiento respecto al Estado, se hace depender de que exista un hecho doloso o culposo que implique la violación de las disposiciones legales o de las resoluciones adoptadas con fundamento en la ley (art. 18).

Tanto en nuestro Derecho como en el francés no es disciplinado legalmente el daño ambiental, lo cual hace extraordinariamente difícil su configuración.

(43) LANDSBERG y LÜLLING, «Umwelthaftungsrecht», I, *Umwelthaftungsgesetz*, Köln, 1991, pp. 30 y ss.; SCHMIDT-SALZER, *Kommentar zum Umwelt-haftungsrecht*, München, 1992, pp. 4000, 417, 842 y 843; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, München, 1993, pp. 100 y ss.; MEDICUS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, p. 790; HAGER, «Das neue Umwelthaftungsgesetz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 133-134.

CABALLERO (44) destaca la indiferencia existente en el Derecho francés hacia el daño ecológico.

Consciente de la amplitud y gravedad de la indiferencia del Derecho positivo, un sector de la doctrina se ha esforzado para remediarla proponiendo que se reconozcan nuevos derechos destinados a extender los medios para luchar contra las agresiones al medio ambiente.

Como subraya CABALLERO (45), es daño ecológico todo daño causado directamente al medio ambiente en cuanto tal independientemente de sus repercusiones sobre las personas y sobre los bienes.

Si se atiende a los daños causados al medio ambiente en cuanto tal, debe eliminarse una masa considerable de daños causados a las personas y a los bienes por *nuisances*.

Admitir la definición positiva de los daños ecológicos, es admitir que al lado del daño material, corporal o moral causado al hombre o a sus bienes, existe una nueva categoría de daños causados al medio ambiente. Sin duda una semejante categoría de daño es desconocida por el Derecho positivo. No es, sin embargo, una razón para rechazar sistemáticamente la idea. La originalidad del daño ecológico, la complejidad de los problemas del medio ambiente que suscita su desconocimiento, merecen que los juristas lleven a cabo un esfuerzo de imaginación.

PRIEUR (46) prefiere introducir una distinción entre los daños por contaminación, que serían sufridos por patrimonios identificables y particulares, y los daños ecológicos propiamente dichos, sufridos por el medio natural en sus elementos inapropiados e inapropiables y que afectan al equilibrio ecológico en tanto que patrimonio colectivo. A menudo un mismo accidente entraña los dos tipos de daños.

Este autor evidencia la especificidad del daño ecológico. Los fenómenos que afectan al medio ambiente se caracterizan muy a menudo por su gran complejidad. Es preciso sobre todo poner de relieve los elementos siguientes que se encuentran raramente en los daños no ecológicos: las consecuencias dañosas de una agresión al medio ambiente son irreversibles (no se reconstituye un biotopo o una especie en peligro de extinción), están a menudo vinculadas al progreso tecnológico; la contaminación tiene efectos acumulativos y sinérgicos que hacen que las contaminaciones se adicioneen y se acumulen entre ellas; la acu-

(44) CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, pp. 287 y ss.

(45) CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, *cit.*, pp. 293 y ss.

(46) PRIEUR, *Droit de L'environnement*, París, 1991, pp. 729-730. En análogo sentido LITTMANN-MARTÍN y LAMBRECHTS, «La spécificité du dommage écologique», en *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, bajo la dirección de MARTÍN, París, 1992, pp. 45 y ss.

La mayoría de los autores reservan el calificativo de «ecológico» para definir aquel daño que afecta al conjunto del medio natural o alguno de sus componentes considerado como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas y los bienes.

Se habla del daño ecológico puro, ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica (MARTÍN).

mulación de *nuisances* a lo largo de la cadena alimentaria puede tener consecuencias catastróficas (enfermedad de Minamata en Japón); los efectos de los daños ecológicos pueden manifestarse más allá de la vecindad (efectos río abajo de una contaminación de las aguas, lluvias ácidas debidas al transporte atmosférico a larga distancia de SO₂); son daños colectivos por sus causas (pluralidad de autores, desarrollo industrial, concentración urbana) y sus efectos (costes sociales); son daños difusos en su manifestación (aire, radioactividad, contaminación de las aguas) y en el establecimiento de la relación de causalidad; son repercutidos en la medida en que implican agresiones principalmente a un elemento natural y por rebote a los derechos individuales.

Del art. 45 de nuestra Constitución se infiere que el daño ambiental es el resultado de la lesión del derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

La emisión de gases, polvos y humos, así como los vertidos industriales, constituye la causa más frecuente de daños ambientales.

El ámbito del daño ambiental está determinado por el significado que se otorgue al medio ambiente, pues éste, en cuanto tal, es el objeto de la lesión.

Como he precisado anteriormente, el art. 45 de nuestra Constitución aboga por una concepción amplia del medio ambiente, aunque no omnicompreensiva. El elemento nuclear del concepto constitucional de medio ambiente no es otro que los recursos naturales. Por ello el medio ambiente está constituido por el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar, tales como el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna, el paisaje y otras que contribuyen al goce de los bienes de la naturaleza, como el silencio y la tranquilidad. En nuestro Derecho, no existe una limitación como la que establece la Ley italiana para la relevancia del daño ambiental. Según el art. 18.1 de esta Ley, el hecho productor del daño sólo es considerado injusto en el caso de violación de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con base en la ley. De esta manera se establece una tipicidad del ilícito ambiental. Por ello, no todo daño al ambiente es considerado resarcible, sino sólo el «injusto», que es aquél que deriva de la violación de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con base en la ley. La doctrina italiana (47) destaca que el daño ambiental tiene naturaleza pública, basándose en el texto del art. 18 de la Ley italiana de 8 de julio de 1986. El daño se causa al Estado y por eso sólo él estar legitimado para interponer una demanda de resarcimiento. El daño ambiental es el resultado de la lesión de un bien inmaterial con reflejos patrimoniales y tiene naturaleza pública.

(47) ALPA, «La natura giuridica del danno ambientale», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 107 y ss.; GIAMPIETRO, «Azione di danno dello Stato e degli enti territoriali. Poteri di intervento in giudizio delle associazioni ambientali», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, p. 171; BARBIERA, «Qualificazione del danno ambientale nella sistematica general del danno», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 114 y ss.

PERLINGIERI (48) afirma que el cuadro trazado por el legislador italiano de 1986 deja insatisfechos a los privatistas, cuando reduce el daño ambiental a la exclusiva agresión a un bien público inmaterial insusceptible de apropiación, perteneciente al Estado-persona, que monopoliza la acción resarcitoria.

Afortunadamente en España no existe una ley como la italiana, que conciba de esta manera al daño ambiental. Cabe sostener por ello que este tipo de daño puede tener reflejos privatistas, teniendo en cuenta el derecho a un medio ambiente salubre, adecuado para el desarrollo de la persona. Por este motivo, como expondré más adelante, no es preciso limitar la legitimación para exigir responsabilidades por daños ambientales al Estado, sino que las asociaciones y los grupos afectados pueden invocar ante los Tribunales el derecho de todos a un medio ambiente salubre y adecuado para el desarrollo de la persona.

Para ser relevante el daño ambiental ha de tener una cierta gravedad. Si el daño es insignificante o tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar, no surgirá la responsabilidad, y por tanto, no estaremos en rigor ante un daño ambiental resarcible. Esta es la solución que se infiere, según hemos visto, de la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos, del Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente y de la Ley alemana sobre responsabilidad medioambiental de 10 de diciembre de 1990, y que es razonable sustentar también en nuestro Derecho en línea con la teoría de la normal tolerancia que, en el marco de las relaciones de vecindad, opera como límite de la responsabilidad por inmisiones. La tolerabilidad excluye la ilicitud y no surge, por tanto, la responsabilidad civil por daño ambiental.

3. El carácter objetivo de la responsabilidad por daño ambiental

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico examina las ventajas y los inconvenientes de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad objetiva, entendiéndose que esta última no puede regir en todos los casos, ya que un régimen de responsabilidad objetiva demasiado amplio puede suponer una carga demasiado pesada para algunos sectores y provocar una gran confusión en la economía.

La responsabilidad objetiva se presenta como una orientación especialmente adaptada a las actividades consideradas peligrosas para el medio ambiente.

(48) PERLINGIERI, «Presentazione» a *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, p. 5.

En comparación con la responsabilidad por culpa, los mecanismos de responsabilidad objetiva simplifican el establecimiento de la responsabilidad porque eximen de probar la existencia de culpa. Sin embargo, la víctima debe demostrar que el daño se debe a la actuación de un tercero.

Las ventajas de un sistema de estas características son, en pocas palabras, las siguientes: un régimen de responsabilidad objetiva puede incitar a una mejor gestión de riesgos y proporcionar certidumbre jurídica a las empresas sujetas a este sistema. Puede, asimismo, favorecer la puesta en práctica del principio de «quien contamina, paga» con respecto a algunos tipos de actividades económicas, porque este sistema imputa los daños ocasionados por una actividad económica a la persona que explota tal actividad.

Es preciso determinar qué debe entenderse por daño, qué actividades deben estar sujetas al régimen de responsabilidad objetiva y a quién se va a imputar la responsabilidad.

Para responder a todas estas preguntas inevitables a la hora de establecer un régimen de responsabilidad civil y, probablemente, con un carácter más agudo por tratarse del daño ecológico, una de las opciones para la Comunidad puede ser aplicar las soluciones propuestas por el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente y, consecuentemente, prever la firma del Convenio por parte de la Comunidad.

El Convenio del Consejo de Europa puede llegar a constituir el punto de partida para un sistema comunitario de reparación del daño ecológico. Los componentes del régimen de responsabilidad objetiva establecido en ese Convenio pueden ser soluciones para las principales cuestiones que se acaban de exponer, a saber, qué es daño ecológico, quién es el responsable y cuáles deben ser las actividades reguladas por ese sistema de responsabilidad objetiva.

La propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos regula una responsabilidad de carácter objetivo, considerando que los principios de «quien contamina, paga» y de acción preventiva establecidos en el apartado 2 del art. 130 R del Tratado sólo serán verdaderamente eficaces en lo referente a la gestión de los residuos si los costes de los daños o de los deterioros del medio ambiente por los residuos se hacen repercutir en el coste de los bienes o servicios que hayan producido dichos residuos, y que, dado el riesgo que supone la existencia misma de los residuos, la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema de la mejor manera posible (art. 3.1).

El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, al que se refiere el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico como

modelo a seguir, establece un régimen de responsabilidades objetiva basada en la creación de un riesgo (art. 6.1).

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico destaca que la característica principal de la legislación de los Estados miembros de la CEE es que permite establecer una responsabilidad objetiva.

En el marco de la tendencia objetivadora de la responsabilidad civil por daños ambientales, es especialmente importante la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990, que con suma claridad objetiviza la responsabilidad de determinadas instalaciones, mencionadas en el anexo I, que por influjos al medio ambiente causan la muerte de alguien, lesiones en el cuerpo o la salud o daños en alguna cosa (arts. 1 y 4).

El núcleo de la Ley es la introducción de la responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*) en caso de daños individuales como consecuencia de influjos medioambientales. Como toda responsabilidad por riesgo, es independiente de la culpa (49).

El contraste con la tendencia objetivadora apuntada por el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico en las legislaciones nacionales de los países de la CEE, la Ley italiana de 18 de julio de 1986 configura una responsabilidad por hecho doloso o culposo que implique violación de las disposiciones legales o de las resoluciones adoptadas con fundamento en la ley, que comprometa el ambiente dañándolo, alterándolo o destruyéndolo en todo o en parte (art. 18.1), sin establecer, ni siquiera, la inversión de la carga de la prueba de la culpa.

La opción del legislador italiano difiere de la mayoritariamente defendida por la doctrina italiana, que expone numerosas críticas, dudando incluso de la constitucionalidad del art. 18.1 y de su armonía con los principios del Derecho comunitario (50).

(49) LANDSBERG y LÜLLING, «Umwelthaftungsrecht», I, *cit.*, p. 26; SCHMIDT-SALZER, *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht*, *cit.*, pp. 232 y ss.; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, *cit.*, pp. 43 y ss.

(50) BRIGANTI, «Danno ambientale e responsabilità oggettiva», en *Danno ambientale e tutela giuridica*, a cura di CESARO, Padova, 1987, p. 79; SALVI, «Prolifi di tutela civile dei beni ambientali», en *La tutela dei beni ambientali. Verso quelle riforme?*, Padova, 1988, p. 61; LIBERTINI, «La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 51 y ss.; TRIMARCHI, «Danno ambientale e diritto comunitario», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 168-169; SICA, «Responsabilità per danno ambientale e crisi dell'illicito civile: l'art. 18 della legge n.º 349 del 1986», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 322-324. Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 8 de julio de 1986, la responsabilidad objetiva por daño ambiental era comúnmente afirmada: COMPORI, «Responsabilità civile per danni da inquinamenti», en *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di LIPARI, Bari, 1974, pp. 363 y ss., y DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982, pp. 103 y ss.

Nuestra doctrina (51) se muestra claramente proclive a la objetivación de la responsabilidad por daño ambiental. Como subraya MARTÍN MATEO (52), la responsabilidad objetiva tiene pleno asiento en el Derecho ambiental como consecuencia de la efectividad del principio «contaminante pagador» que tiene rango constitucional en el ordenamiento europeo y que trasciende al Derecho privado.

El criterio vigente en el Derecho comunitario, que se apoya en el principio de que «el que contamina, paga», que se plasma en la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos, y que está presente en el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, constituye un argumento decisivo para sostener que en nuestro Derecho la responsabilidad civil por daño ambiental debe ser objetiva, en línea con la solución dominante en el panorama del Derecho comparado, y con el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, todavía no ratificado por España. Además, no hay que olvidar que, en el marco de las relaciones de vecindad, la responsabilidad por inmisiones es marcadamente objetiva, como expuse anteriormente, y no existe razón para acoger un criterio diferente cuando se trata de la responsabilidad por daño ambiental.

4. La relación de causalidad

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico destaca los problemas especiales que surgen para probar la relación de causalidad: a veces no se puede establecer el nexo causal si el daño es resultado de actividades de varias partes distintas; también surgen dificultades si el daño no se manifiesta hasta pasado un tiempo. Por último, existen muchas dudas científicas en relación con el nexo causal entre la exposición a la contaminación y el daño, y puede ocurrir que la parte responsable intente refutar las pruebas de causalidad presentadas por la parte perjudicada planteando otras posibles explicaciones científicas sobre el daño.

El daño ecológico puede ser consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del es-

(51) MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, *cit.*, pp. 167 y ss.; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, *cit.*, p. 245; AUGER, «Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental», *cit.*, pp. 113-114; CONDE-PUMPIDO TOURÓN «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *cit.*, p. 15; PÉREZ DE GREGORIO, «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *La Ley*, 1993-4, p. 1054; DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, *cit.*, p. 216.

(52) MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, *cit.*, p. 170.

pacio. Si el daño es consecuencia del efecto acumulativo de las actividades de varios agentes, es imposible determinar cuál de todas ellas es la causante del daño concreto. Esto es lo que ocurre en el caso de las emisiones a la atmósfera que causan la lluvia ácida. A veces, ninguno de esos actos provoca un daño tal que pueda desembocar en una exigencia de responsabilidad. Por ejemplo, un único vertido autorizado de productos contaminantes en un río quizás no cause un daño identificable, pero el impacto combinado de todos los vertidos autorizados puede causar daños al río.

En el caso de los daños consecuencia de la acumulación de varios tipos de contaminación, es difícil atribuir el daño a la actuación o a la responsabilidad de alguien concreto y resulta, pues, necesario estudiar mecanismos colectivos a fin de compartir la responsabilidad de los costes de restauración, como, por ejemplo, los mecanismos de indemnización conjunta.

En esta dirección existen iniciativas comunitarias. El art. 11 de la propuesta modificada de Directiva sobre responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos establece que la Comisión examinará al respecto la posibilidad de crear un fondo europeo de indemnización por los daños y deterioros causados al medio ambiente por los residuos para cubrir aquellos casos en que no se haya podido identificar al responsable o cuando éste no esté en condiciones de reparar todos los daños y/o deterioros ocasionados.

Algo parecido establece el art. 18 de la propuesta de Directiva relativa al vertido de residuos (53).

La citada propuesta modificada de Directiva sobre responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente por los residuos acoge una solución razonable, al disponer que el demandante deberá probar el daño o los perjuicios causados al medio ambiente y establecer la existencia de una considerable probabilidad de presencia de nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente (art. 4.6).

El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente se refiere en el preámbulo a la necesidad de facilitar la carga de la prueba a las personas que demandan la reparación de tales daños.

Si no se establece una presunción de causalidad, el artículo 10 del Convenio exhorta al Juez, a la hora de apreciar el nexo de causalidad, a tener «debidamente en cuenta el riesgo elevado de provocar el daño inherente a la actividad peligrosa».

A nivel de Derecho interno, la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 facilita la prueba de la relación de causalidad en el art. 6

(53) DO n.º C 190 de 22 de julio de 1991.

con una presunción de causalidad, al establecer que si una instalación, dadas las circunstancias del caso particular, es apropiada para originar el daño producido, se presume que el daño ha sido causado por esa instalación. Sin embargo, esta presunción no juega, cuando la instalación se explotaba de conformidad a las disposiciones vigentes, cumpliéndose los deberes especiales de explotación y siempre y cuando no exista anomalía alguna en dicha explotación (esto ha de probarlo el titular de la instalación).

Se excluye también la presunción de causalidad cuando, junto a la existencia de una o varias instalaciones apropiadas para causar el daño, se dan otras circunstancias que sean adecuadas para la producción del mismo (art. 7) (54).

Se infiere del art. 18 de la Ley italiana de 18 de julio de 1986 que ha de probarse no sólo la verificación del evento dañoso, sino también el nexo de causalidad entre éste y la conducta del que ocasiona el daño, y el elemento psicológico que caracteriza a esta última (55).

El legislador italiano restringe en buena medida la operatividad de la responsabilidad por daño al ambiente, pues además de no facilitar la prueba de la relación de causalidad, la responsabilidad se hace depender de un hecho doloso o culposo que implique la vulneración de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con fundamento en la ley.

La situación existente en el Derecho italiano explica que, tanto antes como después de la promulgación de la Ley de 18 de julio de 1986, la doctrina italiana haya tratado de ofrecer soluciones para facilitar la prueba de la relación de causalidad cuando tiene lugar un daño ambiental.

Se destaca la conveniencia de que el Juez atenúe el rigor de la carga de la prueba del nexo causal, considerándose útiles las presunciones simples (56).

PATTI (57) se refiere a la inversión de la carga de la prueba del nexo causal y a los sistemas probatorios basados en la verosimilitud.

Al criterio de la verosimilitud alude también SCARANO (58), poniendo de relieve que ha sido adoptado en los países escandinavos. También tiene en cuenta el criterio de la *Anscheinbeweis*, que se ha

(54) LANDSBERG y LÜLLING, «Umwelthaftungsrecht», I, *cit.*, pp. 135 y ss.; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, *cit.*, pp. 184 y ss.

(55) SCARANO, «Danno ambientale e onere de la prova», en *La qualità della vita e l'ambiente*, a cura di FERRANTI y PASCOLINI, Milano, 1989, p. 34.

(56) DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, *cit.*, p. 100; COMPORZI, «Responsabilità civile per danni da inquinamenti», *cit.*, p. 359.

(57) PATTI, «La tutela giurisdizionale civile dell'ambiente dopo la legge n.º 349/86», en *La qualità della vita e l'ambiente*, a cura di FERRANTI y PASCOLINI, Milano, 1989, pp. 29 y ss.

(58) SCARANO, «Danno ambientale e onere della prova», *cit.*, pp. 36-37.

desarrollado, sobre todo, en Alemania. MUSIELAK y STADLER (59) señalan que esta prueba se caracteriza porque el Juez concluye de sucesos efectivamente constatados otros hechos, que según la experiencia de la vida generalmente están unidos a ellos. La jurisprudencia alemana utiliza la expresión «curso típico de los acontecimientos» para caracterizar a este procedimiento.

DE ÁNGEL (60) pone de relieve la existencia de una nueva visión de la relación de causalidad. Cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el Juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia.

El Juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun si están establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. Basta con que el Juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una «probabilidad» determinante.

En nuestro Derecho resulta difícil admitir la inversión de la carga de la prueba del nexo causal, a falta de una norma como la que figura en la Ley alemana. De *lege ferenda* puede considerarse conveniente la adopción en una futura ley sobre responsabilidad por daño ambiental de una presunción de causalidad semejante a la que aparece en la Ley alemana. No creo que, en el ámbito de la responsabilidad por daño ambiental, esa presunción esté en contra del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución), si figuran las limitaciones que establece la Ley alemana para que opere la presunción de causalidad.

A falta de una norma específica que contemple el problema de la relación de causalidad cuando tiene lugar un daño ambiental, parece acertado facilitar la prueba de la relación de causalidad, y, en concreto, el criterio de la verosimilitud o de la suficiente probabilidad. Este criterio, además, está en consonancia con el adoptado por la propuesta modificada de Directiva sobre responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente por los residuos, que, como hemos visto, dispone que el demandante debe establecer la existencia de una «considerable probabilidad» de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente (art. 4.6). SANCHEZ-FRIERA (61) apunta que, en efecto, la tendencia en el ámbito de la normativa comunitaria, para conseguir

(59) MUSIELAK y STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984, p. 83.

(60) DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., pp. 75 y ss.

(61) SANCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, cit., p. 243.

que el contaminador sea responsable de los daños causados, parece que irá acompañada de un cambio en la carga de la prueba, tal es el criterio de ESTEVAN BOLEA (62), que dice que aunque hoy parezca exagerada esta afirmación, la tendencia existe y se irá instalando poco a poco, comenzando por los residuos tóxicos y peligrosos para ir avanzando a otras áreas.

En aquellos casos de inmisiones acumuladas en que los daños son consecuencia del efecto conjunto de múltiples inmisiones cuyos causantes se desconocen, el mecanismo de la responsabilidad civil no es suficiente. La lucha contra los efectos de este tipo de daños requiere la instauración de mecanismos colectivos de compensación, como sugiere el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, a los que me referiré más adelante.

5. La legitimación activa y pasiva

A) *Legitimación activa*

El problema esencial que se suscita en torno a la legitimación para reclamar la reparación del daño ambiental radica en determinar si sólo está legitimado el Estado, o bien si cabe la legitimación de los particulares afectados y de las asociaciones de defensa del medio ambiente.

La legitimación exclusiva del Estado es afirmada por la Ley italiana de 18 de julio de 1986, cuyo art. 18.3 dispone que la acción de resarcimiento del daño ambiental, aunque se ejercite en sede penal, será promovida por el Estado y por los entes territoriales sobre los que inciden los bienes objeto del hecho ilícito.

Esto significa que la acción sólo puede ser ejercitada por sujetos públicos (el Estado y los entes territoriales interesados). Las asociaciones de protección del medio ambiente, individualizadas en virtud del art. 13, y los ciudadanos sólo pueden denunciar los hechos lesivos de bienes ambientales que conozcan solicitando así el ejercicio de la acción por los sujetos legitimados (art. 18.4). Además, las asociaciones pueden intervenir en los juicios por daños ambientales y recurrir en la jurisdicción administrativa para la anulación de los actos ilegítimos, de los cuales deriven daños al medio ambiente (art. 18.5).

El texto del art. 18 parte de la naturaleza pública del daño ambiental, y de aquí, que sólo se reconozca legitimación para ejercitar la correspondiente acción al Estado y a los entes territoriales interesados.

(62) ESTEVAN BOLEA, *Implicaciones económicas de la protección ambiental en la CEE: repercusiones en España*. Secretaría de Estado de Economía. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991, p. XLVII.

Son numerosos los autores italianos que han criticado con dureza el criterio acogido en el citado art. 18, que rechaza la legitimación de los ciudadanos y las asociaciones para interponer acciones ante los Tribunales ordinarios.

Se apunta la posible inconstitucionalidad de los límites impuestos a las asociaciones (63). Puesto que el sistema de responsabilidad en materia ambiental debe cumplir una función preventiva, hubiera sido oportuno, siguiendo la orientación de otros ordenamientos, atribuir a cada ciudadano el derecho de proponer la acción de resarcimiento del daño al ambiente (64). La principal crítica que merece la Ley de 1986 se refiere a la legitimación solamente pública querida por comprensibles (pero no justificadas) razones políticas: de esta manera el recurso al Juez civil será muy limitado y no obedecerá a criterios de obligatoriedad sino de «discrecionalidad político-administrativa» (65).

Las críticas expuestas al criterio acogido por la Ley italiana, aconsejan no limitar la legitimación para exigir la responsabilidad por daño ambiental al Estado.

En el preámbulo de la propuesta modificada de Directiva sobre responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos se considera que para conseguir un alto grado de protección de los intereses de las víctimas y del medio ambiente, los Estados miembros deberán ofrecer a las personas con capacidad procesal activa la posibilidad de solicitar medidas cautelares, suspensivas y/o resarcitorias de la acción u omisión que haya causado o pueda causar el perjuicio o la degradación del medio ambiente (art. 4).

El Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente, reconoce la legitimación activa de la víctima que ha sufrido el daño (art. 9) y de las asociaciones o fundaciones que, conforme a sus estatutos, tienen por objeto la protección del medio ambiente y que satisfacen cualquier otra condición suplementaria impuesta por el Derecho interno donde la demanda es hecha (art. 18.1).

En la Reunión mundial de asociaciones de Derecho ambiental, celebrada en Limoges (15 de noviembre de 1990), se considera que las asociaciones de defensa del medio ambiente contribuyen ampliamente a la efectividad y eficacia de la protección ambiental, y por ello se recomienda que se generalize y refuerce en las legislaciones el derecho de acción de las asociaciones de defensa del medio ambiente y el reco-

(63) RODOTÀ, «Relazione introduttiva» a *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 17-18; LIBERTINI, «La nueva disciplina del danno ambientale...», *cit.*, pp. 58-59.

(64) TRIMARCHI, «Danno ambientale e diritto comunitario», *cit.*, p. 169 y ss.

(65) FOSTIGLIONE, «La responsabilità civile per danno ambientale nel quadro dell'unità della giurisdizione», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 120 y ss.

nocimiento de un derecho de recurso ante la Administración y las diferentes jurisdicciones en cuanto el medio ambiente pueda ser dañado (Recomendación 5.^a).

Como ya he señalado, la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 tiene por objeto reparar los daños causados a las personas (muerte o lesiones en el cuerpo o la salud) o a las cosas por influjos medioambientales, procedentes de determinadas instalaciones (art. 1). Por este motivo, sólo el que es directamente lesionado en uno de los bienes jurídicos protegidos está legitimado para demandar la indemnización del daño sufrido (66).

En Bélgica, la Ley de 12 de enero de 1993 establece que las asociaciones sin ánimo de lucro cuyo objeto social incluya la protección del medio ambiente y tengan definido el ámbito territorial de su actividad, podrán transcurridos al menos tres años desde que se le hubiese concedido la personalidad jurídica, ejercitar acciones en defensa del medio ambiente. Para ello, deberán además probar que desarrollan una actividad real conforme a su objeto social, y que tal actividad se relaciona con el interés colectivo ambiental que pretenden proteger.

En nuestro Derecho carecemos todavía de una disposición legal que discipline la responsabilidad por daños ambientales. Cabe, sin embargo, defender la legitimación de los particulares afectados y de las asociaciones de protección del medio ambiente para acudir directamente ante los Tribunales ordinarios cuando tiene lugar un daño ambiental, ya que el art. 45 de nuestra Constitución establece que todos tienen derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

No cabe duda de que existe un derecho de los particulares a gozar de un medio ambiente salubre y adecuado para el desarrollo de la persona.

La doctrina y la jurisprudencia italianas, especialmente con anterioridad a la promulgación de la Ley de 8 de julio de 1986, reconocen que los derechos al goce del ambiente o a la salud pueden asumir la dignidad formal de las situaciones consolidadas, admitiéndose su protección privada en el proceso.

Esta orientación ha sido seguida por el Tribunal de Casación italiano en las sentencias de 9 de marzo y 6 de octubre de 1979.

En la sentencia de 9 de marzo de 1979, el Tribunal de Casación reconoce la competencia del Juez ordinario en relación con la verificación de la adopción de medidas técnicas preventivas para la localización de una central de energía nuclear; al mismo tiempo soluciona el problema de la protección de los intereses difusos, admitiendo su *cittadinanza* en el ordenamiento italiano, al menos si se refieren a la protección del propietario y de la salud.

En el caso planteado, un grupo de propietarios y usufructuarios de bienes inmuebles sitos en una localidad designada por la Administra-

(66) LANDSBERG y LÜLLING, «Umwelthaftungsrecht», I, *cit.*, p. 30; SCHMIDT-SALZER, *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht*, *cit.*, pp. 389 y ss.; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, *cit.*, pp. 114 y ss.

ción para la instalación de una central nuclear según el procedimiento previsto por la Ley n.º 393 de 1975, interpusieron una demanda, ante el Tribunal ordinario de Vercelli, a fin de que se ordenase la verificación técnica preventiva de las condiciones climáticas y de hábitat, por el grave peligro que corrían los cultivos y los habitantes, en el caso de que se instalase aquélla en la zona elegida.

En la instancia se opusieron el ENEL y el CNEN, afirmando, entre otras cosas, que el Juez ordinario carecía de competencia (estaba privado de jurisdicción) porque los recurrentes habían solicitado la tutela de un simple interés difuso y no de un verdadero derecho subjetivo.

La Administración sostenía, además, que el acto de instrucción preventiva debía considerarse como una interferencia indebida del poder jurisdiccional sobre el desarrollo de una actividad reservada a la Administración.

El Tribunal de Casación afirma que no carece de jurisdicción el Juez ordinario para ordenar las verificaciones técnicas preventivas, en virtud de la demanda interpuesta para la tutela del derecho de propiedad inmobiliaria, frente a posibles daños derivados de la instalación de centrales de energía nuclear.

Con esta decisión, el Tribunal de Casación admite por vez primera: a) la protección de los intereses difusos en el proceso civil; b) reconoce el derecho a la salud como derecho perfecto, constitucionalmente garantizado; c) admite la existencia de un derecho al ambiente, entendido como posición objetiva conexas al derecho de propiedad.

En el caso de la sentencia del Tribunal de Casación de 6 de octubre de 1979, se trata de una acción ex art. 688 del Código de Procedimiento Civil, de denuncia del daño temido propuesta ante el Juez de Pozzuoli por dos propietarios y un arrendatario de viviendas situadas en Licola a fin de lograr la suspensión de las obras emprendidas por la Administración (*Cassa per il Mezzogiorno*) y dirigidas a la realización de instalaciones de descontaminación del golfo de Napolés. De tales obras, evidentemente encaminadas a la protección de la salud pública, se pone en cuestión su idoneidad, por la solución técnica adoptada y la localización elegida, al poner en peligro la salud de los demandantes y de sus familiares, además de sus propiedades. Por este motivo solicitaron la suspensión de dichas obras.

La Administración alegó la falta de competencia del Juez ordinario, ya que no existía un interés individual y diferenciado susceptible de tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal de Casación afirmó, en línea con la sentencia de 9 de marzo de 1979, la tutela del interés al goce de los bienes colectivos, negando explícitamente que el enlace exclusivo entre el individuo y el bien constituya el presupuesto necesario para la accionabilidad de los interesados.

El Tribunal de Casación se refiere al derecho a un ambiente salubre, es decir, a un ambiente adecuado a las exigencias de la vida y del desarrollo de la persona. Este derecho goza de una tutela plena, que se

concreta tanto en la atribución de poderes para su libre disfrute como en la exclusión de los obstáculos que se pongan al mismo por cualquiera. El punto de referencia es la Constitución, que afirma que la salud es tutelada como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad (art. 32). La salud es protegida en vía primaria, incondicionada y absoluta como modo de ser de la persona.

El carácter de derecho fundamental del individuo, propio del derecho al ambiente salubre, impone una defensa a toda ultranza contra cualquier iniciativa hostil, con independencia de donde provenga, incluso en la hipótesis, como la que es objeto de la decisión, en que la autoridad pública se dirija a la tutela de la sanidad pública, porque ni siquiera en estas hipótesis está permitido sacrificar o comprimir la salud de los particulares.

El contenido de la situación protegida no es sólo el de la garantía de la vida y de la integridad física, sino también el de la garantía de un ambiente salubre, esto es, de la participación, mediante presencia física, en la comunidad (familiar, de morada, de trabajo, etc.), sin que esto constituya peligro para la salud. La protección se extiende, pues, a la vida asociada del hombre en aquellos lugares donde se encuentran ubicadas las diversas agregaciones en las que ésta se articula, y, en razón de su efectividad, a la preservación, en aquellos lugares, de las condiciones indispensables o propicias para la salud; un contenido de sociabilidad y de seguridad, por el cual el derecho a la salud, además de un mero derecho a la vida y a la integridad física, se configura como derecho al ambiente salubre. El tipo de protección acordado es el de los derechos fundamentales e inviolables.

VIGORITI (67) considera poco convincente la conexión entre derecho de propiedad y derecho al ambiente sugerida por la sentencia de 9 de marzo de 1979, siendo una teoría estudiada y criticada por la doctrina. El derecho o el interés legítimo al ambiente es independiente de la titularidad de un derecho real, siendo el único condicionamiento el de la integración del sujeto titular en una formación social ligada al mismo ambiente o la vinculación estable con el territorio.

Frente a la tesis de que la justicia civil está típicamente predispuesta para la tutela de intereses individuales y patrimoniales, estas dos notables sentencias del Tribunal de Casación italiano implican el reconocimiento de la tutela de un interés difuso y no económico (el relacionado con el medio ambiente) por los Tribunales civiles.

En esta línea, un amplio sector de la doctrina italiana relaciona la salud y el ambiente, afirmando la protección de la persona como presupuesto necesario de la protección jurídica del ambiente.

(67) VIGORITI, «La tutela degli interessi diffusi. Il ruolo della Casazione e del Consiglio di Stato», en *Diritto e ambiente. Parte I, Diritto civile*, commentati da ALMERIGHI y ALPA, Padova, 1984, p. 208.

PATTI (68) señala que el concepto de ambiente debe ser individualizado con referencia al espacio que nos circunda, a los lugares en que el hombre vive y desarrolla su actividad. En este aspecto, la salubridad del ambiente constituye una condición para el desarrollo de la personalidad.

Se considera que es posible la configuración de un derecho del individuo a un ambiente salubre. Las normas que garantizan los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad constituyen una base adecuada, por cuanto que un completo desenvolvimiento de la personalidad no es realizable si no es en condiciones ambientales favorables, que respondan a las exigencias psico-físicas del ser humano (69).

Se destaca, incluso, la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad (70). PATTI (71) puntualiza que el interés relativo a la tutela del ambiente presenta características análogas a las de los otros intereses que en la categoría de los de derechos de la personalidad han encontrado la dignidad de derechos subjetivos y eficaz fundamento de tutela; la protección del ambiente, por tanto, se refiere directamente a la persona, como acontece en los otros derechos de la personalidad, porque sólo un ambiente salubre posibilita una existencia digna y el normal desarrollo de la personalidad.

No es obstáculo el hecho de que a diferencia de otros derechos de la personalidad, el derecho al ambiente parezca tener por objeto cualquier cosa externa a la persona; de hecho, la tutela incide directamente sobre la persona, debido a la estrecha relación entre calidad ambiental y desarrollo de la personalidad (72).

El origen de la teoría que inserta la tutela jurídica del medio ambiente en el marco de los derechos de la personalidad se encuentra en la literatura jurídica alemana. Esta teoría se fundamenta en los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), que garantiza la dignidad humana, el derecho a la vida y al libre desarrollo de la persona, aportando esta solución autores como RUPP, WEBER y SENNING.

Como señala GERLACH (73), a finales de los años 60 y comienzos de los 70 se trató de justificar una adecuada protección del medio

(68) PATTI, «Ambiente (tutela civilistica)», en *Dizionari del Diritto privato*, a cura di IRTI, I, *Diritto civile*, Varese, 1980, p. 32.

(69) CORASANITI, «La tutela degli interessi davanti al giudice ordinario», en *Rivista di Diritto Civile*, 1978-I, pp. 194 y ss.; GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980, pp. 101 y ss.

(70) BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridice. I Soggetti*, Milano, 1984, p. 191; POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Napoli, 1982, pp. 1 y ss.; PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, pp. 29 y ss.

(71) PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., pp. 29 y ss.

(72) PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., p. 31.

(73) GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltsrechts*, cit., p. 285.

ambiente para todas las personas apoyándose en los derechos generales de la personalidad.

Se inserta la tutela del medio ambiente en el marco de los derechos de la personalidad (74), considerándose que la conservación de un medio ambiente salubre constituye un presupuesto necesario para el desarrollo de la persona.

Las agresiones al medio ambiente determinan en este sentido la lesión de un derecho de la personalidad, y por ello pueden ser evitadas a través de la acción negatoria prevista en el parágrafo 1004 del BGB, que si bien se refiere literalmente sólo a la propiedad, se considera aplicable para tutelar la vida, el cuerpo, la salud y, en general, los derechos de la personalidad, en cuanto tienen carácter absoluto.

En la doctrina francesa algunos autores siguen también esta orientación. Se afirma la necesidad de que se reconozca, por el Derecho positivo, un verdadero derecho de la personalidad a un medio ambiente salubre y equilibrado, que permita al hombre un mayor nivel de protección (75). MARTIN (76) es el autor que lleva a cabo la propuesta más elaborada en torno a la configuración del medio ambiente como derecho subjetivo, partiendo del art. 714 CC francés, y tras él, se afirma la existencia del derecho del individuo (derecho de la personalidad) a la pureza natural de su marco de vida (77). Según PRIEUR (78), el derecho al medio ambiente está íntimamente ligado al derecho a la salud y al derecho a la vida. Se trata del derecho a un medio ambiente salubre, de calidad, adecuado para el desarrollo de la persona, ecológicamente equilibrado o apropiado al derecho a la vida.

En nuestra doctrina, ROCA JUAN (79) estima posible la protección del interés privado, en vía preventiva y ante la jurisdicción civil, frente a las agresiones del medio ambiente.

Un primer apoyo para sostener esta tesis se encuentra en la aplicación del límite del abuso del derecho, pero hoy lo encontramos también en los preceptos constitucionales, que mandan la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales de *los intereses legítimos de toda persona*, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo que en abs-

(74) FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1968, pp. 24 y ss.; ROTH, «Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 921 y ss.

(75) DESPAX, *Droit de l'environnement*, París, 1980, pp. 812-813.

(76) MARTIN, *Le droit à l'environnement*, París, 1978, pp. 128 y ss.

(77) CARBONNIER, *Droit civil*, 3. *Les biens*, París, 1983, p. 256; PONTAVICE, «Rapport général», en *Travaux de l'Association H. Capitant. La protection du voisinage et de l'environnement*, París, 1979, p. 27.

(78) PRIEUR, *Droit de l'environnement*, París, 1991, pp. 135 y ss.

(79) ROCA JUAN, «Sobre el deber general de respeto a la persona...», *cit.*, pp. 780 y ss.

tracto reconoce expresamente el art. 24 de la Constitución, pero que puede referirse en concreto al derecho a «la protección de la salud», que también reconoce expresamente el art. 43.1. También el art. 45.1 atribuye «a todos» el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

A mi juicio, es perfectamente defendible la teoría expuesta por ROCA JUAN basándose en el art. 24 de la Constitución, en relación con los arts. 43 y 45 de la misma.

El interés legítimo en la conservación del medio ambiente y en la protección de la propia salud no parece que encuentre obstáculo para la protección preventiva de los Tribunales ordinarios, ya que los preceptos de la Constitución que los reconocen sirven —como dice ROCA JUAN— como una concreta «garantía constitucional», básica, para la interpretación extensiva e integradora de los preceptos del CC, máxime cuando la directa alegación ante los Tribunales está expresamente reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (80).

No obstante, el art. 53.3 de la Constitución puede ser invocado en contra de la legitimación ante los Tribunales ordinarios basada exclusivamente en los arts. 43 y 45, ya que dispone que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (...) sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Para salvar el importante obstáculo que representa el texto del art. 53.3 de la Constitución, parece oportuno, ante todo, tener en cuenta la autorizada interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA (81), que señala que la expresión que figura en el art. 53.3 («sólo podrán [dichos principios] ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen») es una expresión desgraciada, pero que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación, de tales principios por los Tribunales ordinarios, interpretación que sería contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior del mismo precepto, que impone —en forma imperativa de futuro— que dichos principios «informarán la práctica judicial». Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más.

(80) En análogo sentido a ROCA JUAN, teniendo en cuenta la aplicación del deber general de respeto a la persona, MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, cit., pp. 111-112, y LEÓN ARCE, «El agua como objeto de protección medioambiental y del Derecho del consumo», *La Ley*, 1991, p. 928.

(81) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 69.

La Sala 3.^a del TS, en doctrina reiterada, se ha pronunciado por la aplicación directa del art. 45 de la Constitución. La STS de 25 de abril de 1989 justifica la legitimación activa del particular para acudir a los Tribunales, al amparo de los arts. 24 y 45 de la Constitución, y la STS de 18 de abril de 1990 afirma, con toda claridad, que el art. 45, como ha tenido ocasión de decir en más de una ocasión este Tribunal, no es una norma programática ni un pío deseo cuya eficacia debe quedar al albur de las convicciones ecologistas o no de los titulares de los poderes públicos. Esto quiere decir que ese «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar («velarán» dice el número 2 de ese artículo) por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben «proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente». En el mismo sentido la STS de 18 de julio de 1994.

El obstáculo que constituye, interpretado literalmente, el art. 53.3 de la Constitución, puede también ser superado, sosteniendo, en el sentido que expuse hace algunos años (82), que la protección de los particulares afectados y de las asociaciones, y por tanto su legitimación ante los Tribunales ordinarios, puede arbitrarse, de acuerdo con la solución afirmada en Alemania, Italia y Francia, antes expuesta, partiendo de la relación entre la salud y el medio ambiente, a la que se refiere la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, al aludir a la sanidad ambiental (art. 19), y de la íntima conexión que existe entre la salud, la vida y la integridad física y moral de la persona, que son derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo de la Constitución (art. 15) y auténticos derechos de la personalidad, que gozan de una específica tutela civil.

Para evidenciar la conexión entre el medio ambiente, la salud y la vida basta con tener en cuenta el siguiente dato expuesto por ALONSO PÉREZ: la lluvia ácida por la mezcla de oxígeno atmosférico y gases tóxicos ocasiona cerca de sesenta mil muertes prematuras anuales. Cerca de setecientos millones de seres humanos respiran aire dañino para sus pulmones (83).

Esta tesis cuenta en la actualidad con un importante respaldo en nuestra doctrina.

VERA JURADO (84) señala que existen puntos que unen el medio ambiente, y concretamente su protección, con los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución.

(82) CABANILLAS, «La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento», *Revista Española de Seguros*, 1988, n.º 55, p. 28.

(83) ALONSO PÉREZ, en el Prólogo a la citada monografía de MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, cit., p. 10.

(84) VERA JURADO, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pp. 125 y ss.

El medio ambiente abarca una amplia gama de contenidos y significados, muchos de éstos íntimamente conectados con valores y principios declarados fundamentales por nuestra Constitución. Esta conexión puede traducir las agresiones al medio ambiente en lesiones a determinados derechos fundamentales. Dentro de estos derechos fundamentales con rasgos evidentes de estar relacionados con el medio ambiente destacan el derecho a la vida y la integridad física y moral, consagrado en el art. 15 de la Constitución.

El derecho a la vida no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho del vivir humano. El derecho a la vida es, en el contexto del Estado social (art. 1 de la Constitución), el derecho a cierta «calidad de vida» (85).

El ámbito del medio ambiente sano representa el marco indispensable para el mantenimiento y la mejora de la calidad de vida.

Si las relaciones entre la protección del medio ambiente y el derecho a la vida se establecen de una forma directa y clara, la vinculación entre protección ambiental e integridad física es aún más nítida si cabe. Hay que indicar que el derecho a la integridad física hace referencia a la incolumidad personal, es decir, a estar sano, sin lesión ni menoscabo alguno. Se incluyen, por tanto, dentro de este concepto la integridad física del cuerpo, la integridad psíquica, la salud y el derecho a no ser atacado mediante la provocación de enfermedades.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a través de lo que denomina garantías de segunda mano, integra la protección del medio ambiente con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.

ALONSO PÉREZ (86) estima que cuando se producen inmisiones lesivas por parte de empresas o particulares que ponen en peligro la salud o la paz de los ciudadanos, se están conculcando derechos de las personas e impidiendo su normal desenvolvimiento. En este sentido cita el derecho a la vida e integridad física (art. 15 de la Constitución) y la tutela de la salud (art. 43 de la Constitución). A este autor le parece muy aceptable el pensamiento de ilustres juristas italianos, que enlazan el derecho constitucional a la salud no sólo con el derecho fundamental a la vida e integridad física, sino con el derecho a un medio ambiente sano.

Si los arts. 43 y 45 de la Constitución estatuyen que todos tienen derecho a la salud o a disfrutar de un medio ambiente adecuado, es que está reconociendo a cada español verdaderos derechos subjetivos constitucionales.

(85) MARTÍN MATEO, «La calidad de vida como valor jurídico», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, II, Madrid, 1991, pp. 1.437 y ss.

(86) ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas...*, cit., pp. 1.470 y ss.

Las normas o principios de nuestra Ley Fundamental defensores de la persona, su dignidad y su adecuado desarrollo frente a las agresiones innumerables de la sociedad tecnológica, no son puros ideales utópicos, sino derechos inviolables que informan, directamente las relaciones de vecindad o la adecuada conservación del medio ambiente. Normas constitucionales de aplicación inmediata por Jueces y Tribunales.

La sentencia de 30 de noviembre de 1990, de la Sala 2.^a de nuestro TS, que aplica el art. 347 bis del Código Penal, cuyo texto ha sido modificado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, afirma en el Fundamento Jurídico duodécimo que el desarrollo a la calidad de la vida y al medio ambiente constituyen un objetivo irrenunciable y de ahí surge la idea predominante de proteger el medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes.

El derecho a la salud se inserta en el marco de los bienes o derechos de la personalidad (87), ya que la salud es un bien instrumental necesario para la protección y desarrollo de la personalidad. Ciertamente, de conformidad con el art. 43 de la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico adquiere relevancia no sólo el aspecto negativo de la salud, la enfermedad, sino también su configuración como derecho del individuo.

La tutela del medio ambiente, desde la perspectiva de los derechos de la persona, se resume en la fórmula «derecho a un medio ambiente salubre», existiendo una estrecha relación entre la salubridad ambiental y el desarrollo de la personalidad.

La conexión existente entre el derecho a disfrutar de un medio ambiente salubre y los derechos de la personalidad se advierte claramente en el propio texto del art. 45.1 de la Constitución, al reconocer el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para *el desarrollo de la persona*.

Desde esta perspectiva, el derecho a un medio ambiente salubre justifica la legitimación de los particulares afectados y de las asociaciones de protección del medio ambiente para solicitar a los Tribunales ordinarios que adopten las medidas adecuadas para impedir la prosecución del ataque o lesión y acordar la reparación del daño ambiental.

La dimensión colectiva del daño ambiental, que afecta a todos los que tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, determina que se plantee una específica problemática procesal.

(87) PERLINGIERI, «Il diritto alla salute quale diritto de la personalità», *Rassegna di Diritto Civile*, 1982, pp. 1.020 y ss.; PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-I, parte primera, Barcelona, 1979, p. 117; RIVERO, *Elementos de Derecho civil*, I-2, *Personas*, Barcelona, 1990, p. 59, nota 25; PATTI, «Diritto all'ambiente e tutela della persona», en *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, p. 864; CORASANTI, «La tutela degli interessi diffusi davanti il giudice ordinario», *cit.*, p. 196.

Hoy en día la protección jurisdiccional es invocada no sólo cuando se producen transgresiones de carácter individual, sino también, cada vez con mayor frecuencia, cuando tienen carácter colectivo, en el sentido de que afecten a grupos, clases o colectividades. Así, por ejemplo, los vertidos de residuos tóxicos perjudican a los propietarios ribereños, pero también a los que tienen interés en poder gozar de las aguas no contaminadas del río. En este sentido son titulares de un interés difuso o colectivo.

La intervención y la legitimación de los grupos es un instrumento indispensable tanto para la protección del medio ambiente, como de otros intereses difusos o colectivos.

El problema fundamental reside en determinar quién está legitimado para actuar como parte en un proceso que afecta a intereses colectivos o difusos.

El ideal tradicional de la iniciativa procesal centralizada, a modo de monopolio, en manos del sujeto al que pertenece el derecho subjetivo, se muestra impotente ante derechos (como un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona) que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie, y, sin embargo, como destaca CAPPELLETTI (88), es justamente la lucha por estos derechos —por ejemplo, la lucha por un aire no contaminado— una de las máximas exigencias de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El rechazo de la «justiciabilidad» de las situaciones difusas o colectivas constituye una ofensa a las exigencias más vitales de la realidad actual.

Es lógico que numerosos ordenamientos jurídicos hayan comenzado a abrir, aunque lentamente, las puertas de la justicia a los intereses colectivos. No obstante, el peso de los viejos esquemas conceptuales no ha cesado de manifestarse.

Se afirma la importancia de las denominadas acciones colectivas para proteger los intereses difusos o colectivos, mencionándose como paradigma la experiencia norteamericana de las *class actions*, detalladamente disciplinadas por la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

En síntesis, este instrumento procesal permite a la parte la posibilidad de hacer valer en juicio, no sólo el propio derecho, sino también el de otros muchos sujetos —indicados con el término *class*— sin que estos últimos sean parte en sentido formal.

El actor no necesita una autorización del *attorney* general o de otro organismo oficial. El control se ejerce fundamentalmente por el Juez,

(88) CAPPELLETTI, «La protection d'interêts collectifs o de groupe dans le procès-civil (Métamorphoses de la procedure civile)», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, n.º 3, pp. 573 y ss.

que ha de comprobar que el actor es miembro de una clase de personas cuyo interés se lleva a juicio, siendo un adecuado representante aunque no esté formalmente investido de tal representación. En presencia de tales requisitos, los efectos del pronunciamiento valen para todos los miembros de la *class*, aunque no hayan comparecido en el juicio.

Para la reparación del daño no debe tenerse en cuenta sólo el daño sufrido por la parte presente en la instancia, sino el daño que ha causado el demandado en su conjunto (a la colectividad). En efecto, si el Juez debiera limitarse a condenar a la industria contaminante a indemnizar solamente el daño sufrido por el demandante aislado, la causante de la contaminación mantendría tranquilamente su comportamiento, porque el coste del daño a indemnizar sería siempre muy inferior al de los gastos necesarios para evitar el comportamiento dañoso. Es preciso, pues, abandonar una concepción puramente privatista del daño indemnizable, para adoptar una concepción nueva, que como toda transformación plantea problemas.

En materia de daños al medio ambiente, en el caso de la gravísima contaminación producida por el buque Exxon Valdez el 24 de marzo de 1989, que supuso el vertido de unos 240.000 barriles de crudo de petróleo en alta mar, la fórmula procesal de las *class actions* permitió reclamar por cuenta de todos los pescadores profesionales de la zona afectada por la contaminación, sin necesidad de presencia de todos ellos en el juicio.

Surgen importantes problemas, como el de la representación procesal y el de la eficacia de la cosa juzgada. La extensión *ultra partes* de la eficacia de la sentencia civil tropieza con el obstáculo que deriva de la normativa constitucional sobre el derecho de defensa (art. 24 de nuestra Constitución), sin que esté exenta de críticas la solución de extender tan sólo la eficacia de las sentencias que sean favorables.

Si la parte (individuo o asociación) que defiende en vía judicial un interés meta-individual representa de forma adecuada al grupo al que pertenece ese interés, será perfectamente legítima la sentencia que extiende sus efectos igualmente a las partes ausentes.

El problema más grave reside en precisar las condiciones necesarias para que un sujeto sea suficientemente representativo de una colectividad.

También se subraya, en general, que la profunda diversidad que caracteriza al sistema procesal norteamericano, por el tipo de procedimiento y de Tribunal, por la representación de las partes y por la legitimación procesal, por la diversa eficacia de la sentencia, inducen a considerar tal modelo difícilmente acogible en los ordenamientos romano-germánicos (89).

(89) PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., pp. 119 y ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inmisioni e «rapporto proprietario»*, cit., pp. 145-146; DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., p. 94.

Como es lógico, las cuestiones planteadas, y en concreto la protección de los intereses colectivos o difusos en el proceso civil, preocupan a nuestros procesalistas, y tienen en la actualidad respuesta en nuestro Derecho.

ALMAGRO (90) considera que cabe que el ordenamiento jurídico legitime a agrupaciones con personalidad jurídica (sociedades, asociaciones o fundaciones) para que actúen procesalmente no sólo en cuanto se refieren a los asociados, socios o patronos, sino en cuanto se proyectan en la generalidad de todos los que son partícipes del interés colectivo en cuestión.

La doctrina sobre los intereses difusos debe conducir en el plano procesal, sobre todo en aquellos ordenamientos que no tienen regulada esta materia en lo relativo al proceso civil, a una amplitud respecto al concepto de interés, como base para propiciar la intervención adhesiva en el proceso civil de todos cuantos se pudieran ver afectados por la sentencia.

Las inferencias de esta temática sobre el proceso civil obligan a revisar conceptos tradicionales: el derecho a la jurisdicción debe abrirse a legitimaciones grupales que permitan un modo complementario de acceso a la justicia; la válida constitución de la relación jurídico procesal obligará en muchas ocasiones a un llamamiento a terceros interesados; la distribución de la carga se verá afectada en determinadas reclamaciones por la flexibilidad de su aplicación; la eficacia de la cosa juzgada habrá de hacerse extensiva a terceros no intervinientes; la ejecución de sentencia deberá transformarse para dar acogida a condenas abiertas en cuanto a la cantidad en que consista la indemnización (dentro de unos límites por supuesto) para permitir la comparecencia de anónimos perjudicados.

Nuestra Constitución contiene normas que protegen los intereses sociales de grupo. El art. 9.2 afirma que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El art. 24 permite, en interpretación acorde con el art. 9.2, establecer una efectividad del derecho a la jurisdicción que incluya en el concepto «sus derechos o intereses legítimos» la tutela de los intereses colectivos o difusos.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, confirma esta interpretación, al disponer el art. 7 que los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las

(90) ALMAGRO, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *Justicia*, 1983, p. 77; ALMAGRO, «Estudio sobre una proposición de Directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores», *Estudios sobre Consumo*, 1990, n.º 18, pp. 92-93; ALMAGRO y TOMÉ, *Instituciones de Derecho procesal. Proceso civil*, Madrid, 1994, pp. 239-240.

En esta línea también LOZANO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1993, pp. 273 y ss., y SILGUERO, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995, pp. 305 y ss.

corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

Así pues, se reconoce legalmente la necesidad de legitimaciones amplias, que respondan a la problemática de los denominados intereses difusos o colectivos (91).

La referencia expresa a la legitimación de *grupos que resulten afectados* implica una auténtica legitimación colectiva, que significa el reconocimiento del derecho a acudir a los Tribunales por parte de dichos grupos mediante la intervención de determinados miembros, sin necesidad de representación formal especial, alegando un interés jurídico relevante.

La legitimación del art. 7 proporciona la amplitud necesaria para que el grupo pueda ostentar la calidad de parte y solicitar la tutela jurisdiccional efectiva (92).

Estos grupos responden al mismo esquema de las uniones sin personalidad, pero, a diferencia de éstas, la ley les ha conferido expresamente legitimación procesal (93).

Existen, sin embargo, importantes problemas, no resueltos legalmente (94), como los ya apuntados de la representación procesal y de la eficacia de la cosa juzgada, sobre los que tendrá que pronunciarse el TS, si antes no han sido resueltos por la ley. En materia de consumo existen importantes propuestas legislativas sobre la acción colectiva, que abordan los problemas procesales planteados.

(91) ALMAGRO y TOMÉ, *Instituciones de Derecho procesal. Proceso civil, cit.*, p. 240.

(92) GÓMEZ DE LIAÑO, «La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Justicia*, 1986, p. 568.

(93) MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil* (en colaboración con CORTÉS y GIMENO), Valencia, 1993, p. 73.

(94) El art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta confuso y la jurisprudencia deberá en el futuro precisar su alcance (MORENO CATENA, *Derecho procesal. Proceso civil, cit.*, p. 73). Está por ver qué aplicación pueden hacer los órganos jurisdiccionales del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (DE ANGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, cit.*, p. 94). El art. 7 constituye, sin duda, un avance en cuanto supone de innovación en relación con nuestra tradición jurídico-procesal. Sin embargo, no parece probable que este precepto esté llamado a desempeñar un papel relevante en cuanto a la legitimación de asociaciones y grupos de hecho, por los problemas de interpretación y función que suscita, como destacan DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ (*Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1990, p. 387), dado que el cambio indirecto de la capacidad para ser parte que en el mismo se prevé necesita para su efectividad venir acompañado de las oportunas reformas del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SÁNCHEZ-FRIERA, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente, cit.*, pp. 266-267 y 272). Únicamente se puede abogar por una reforma legislativa que, introduciendo suficientes filtros de garantía, desarrolle el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el apartado 2 del art. 31 de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y reconozca la defensa ambiental colectiva (ROSA, «Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1994, núm. 81, p. 153).

La delegación española en la reunión del grupo «Protección e información de los consumidores», desarrollado en el seno de los órganos del Consejo de la CEE, el 25 de julio de 1988 puso de relieve la necesidad de reforzar el sistema de acceso de los consumidores a la justicia. A tal efecto se propuso la elaboración de una normativa marco comunitaria que regule la actuación de las asociaciones de consumidores ante los Tribunales representando los intereses generales de los consumidores de la Comunidad.

Se formula un borrador de proyecto de Directiva, donde aparece una regulación, con los elementos comunes necesarios, que establece la posibilidad de acceso de los consumidores ante las jurisdicciones de cada Estado miembro por medio de acciones colectivas y de grupo ejercitables, al menos, por las asociaciones u organizaciones de consumidores con personalidad jurídica (95).

Los criterios normativos acogidos en este borrador de proyecto de Directiva son perfectamente aceptables en el marco de la responsabilidad civil por daño ambiental, reconociendo a las asociaciones u organizaciones ecologistas con personalidad jurídica, capacidad procesal y legitimación para actuar ante cualquier jurisdicción, y afirmando la eficacia *erga omnes* de las sentencias en todo lo que no perjudique a los afectados.

Un sector de nuestra doctrina sigue esta orientación en relación con la protección del medio ambiente (96), subrayándose que la promoción en el Derecho español de la tutela de los intereses ambientales requiere el desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el paralelo reconocimiento de la condición de actores potenciales a asociaciones de ecologistas y de defensa de la naturaleza, que cumplan con determinados requisitos en cuanto a su ejecutoria y la solvencia de sus asesoramientos científicos.

En las Jornadas sobre medio ambiente, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en Segovia los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1988, se acordó propugnar la instauración de la acción pública en el Derecho privado para hacer efectiva la exigencia de responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente.

B) Legitimación pasiva

Evidentemente, está legitimado pasivamente el causante del daño ambiental. No se plantean especiales problemas cuando la responsabilidad es individual. Los problemas surgen cuando hay más de un responsable.

(95) ALMAGRO, «Estudio sobre una proposición de Directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores», *cit.*, pp. 83 y ss.

(96) MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, *cit.*, p. 191; ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas*, *cit.*, pp. 1.503-1.505; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, *cit.*, p. 290; CONDE PUMPIDO TOURÓN, «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *cit.*, p. 17; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La protección civil indirecta del medio ambiente», *cit.*, p. 914.

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico se refiere a la responsabilidad múltiple, y destaca que para facilitar al perjudicado la tarea de demandar a varias partes, los ordenamientos jurídicos suelen autorizar una acción contra más de un posible responsable a la vez.

El criterio de la solidaridad es acogido sin ningún tipo de cortapisa por la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos (art. 5.1).

También el Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente establece la responsabilidad solidaria (art. 11).

La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 no contiene reglas que prevean el caso en que una pluralidad de instalaciones causan el daño, por lo que se ha de aplicar, con carácter subsidiario, el parágrafo 840 BGB, que establece la responsabilidad solidaria por acto ilícito común (97).

Causa extrañeza que la Ley italiana de 8 de julio de 1986 no haya acogido el criterio de la responsabilidad solidaria, declarando el art. 18.7 que en caso de concurrencia de varios agentes en la producción del mismo daño, cada uno responde hasta el límite de su propia responsabilidad individual.

Esta solución es ciertamente llamativa, porque en sede de responsabilidad civil el art. 2055 CC italiano establece que si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño. El que ha resarcido el daño tiene acción de regreso contra cada uno de los otros, en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y la entidad de las consecuencias que son derivadas. En la duda, las culpas singulares se presumen iguales.

Además, con anterioridad a la promulgación de la Ley de 8 de julio de 1986, la doctrina italiana (98) defendía la responsabilidad solidaria en caso de daño ambiental imputable a una pluralidad de agentes contaminantes, considerando que era un instrumento importante en la lucha contra la contaminación: en la mayoría de los casos, la contaminación es atribuible a una serie de factores de tipo diverso, con la consiguiente dificultad, y tal vez imposibilidad, de demostrar, por el sujeto dañado, la incidencia sobre el daño de cada una de las fuentes contaminantes.

(97) Sobre la cuestión, SCHMIDT-SALZER, *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht*, cit., pp. 351 y ss.; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, cit., pp. 138 y ss.; HAGER, «Das neue Umwelthaftungsgesetz», cit., pp. 139-140.

(98) COMPORTI, «Responsabilità per danni da inquinamenti», cit., pp. 360 y ss.; DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 101 y ss.; POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, cit., pp. 90-91.

Los que defendían la responsabilidad solidaria en caso de daños por contaminación critican el criterio acogido por la Ley de 1986 (99).

MINERVINI (100) señala que el legislador, excluyendo la responsabilidad solidaria, ha hecho recaer sobre el perjudicado el riesgo, bastante elevado, de la falta de individualización de alguno de los sujetos, autores del ilícito.

La falta de previsión de la responsabilidad solidaria priva al medio ambiente de un instrumento de tutela que, en el pasado, había dado buenos resultados. El legislador, probablemente, se ha preocupado de las consecuencias del principio de solidaridad, considerando la entidad enorme de los posibles daños al medio ambiente.

En el Derecho francés se afirma la existencia de una obligación *in solidum* de los corresponsables, pudiendo el que hace frente a la reparación íntegra dirigirse, en vía de regreso, contra los coautores (101).

En nuestro Derecho, se defiende también la responsabilidad solidaria cuando el daño al medio ambiente es causado por una pluralidad de sujetos, ya que si se adopta la regla de la mancomunidad, los problemas probatorios se multiplicarían, y quedaría en muchos casos sin cubrir la función reparatoria de la responsabilidad civil (102).

En sede de responsabilidad civil es doctrina jurisprudencial comúnmente admitida la de que cuando varias personas concurren en la producción de un resultado dañoso, todas ellas responden solidariamente por el total de la indemnización debida, siempre que no existan elementos que permitan hacer diferencias en cuanto al grado de participación de cada una. Todo ello sin perjuicio de la distribución interna de la indemnización por medio de las oportunas acciones de regreso (103).

La norma contenida en el art. 18.7 de la Ley de 8 de julio de 1986 responde, sin duda, a la consideración de que cuando se trata de daños al medio ambiente las indemnizaciones pueden llegar a ser tan elevadas que la fórmula de la solidaridad se presenta como desproporcionadamente gravosa para el concreto agente contaminante que hubiese sido demandado.

(99) COMPORTI, «Prolifi generali de responsabilità ripristino dello stato dei luoghi», en *Danno ambientale e tutela giuridica*, a cura di CESARO, Padova, 1987, pp. 38-39.

(100) MINERVINI, «Danno ambientale e responsabilità "individuale"», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura de PERLINGIERI, Napoli, 1991, p. 303.

(101) DESPAX, *Droit de l'environnement*, cit., p. 790; PRIEUR, *Droit de l'environnement*, cit., p. 734.

(102) MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, cit., pp. 210 y ss. ROCA TRÍAS, *Derecho de obligaciones y contratos* (coordinadora VALPUESTA), Valencia, 1994, p. 508.

(103) DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 847 y ss.

Frente a este argumento hay que decir que el problema queda en buena medida paliado si se adopta un adecuado sistema de cobertura del riesgo ambiental, a través del seguro obligatorio o de los fondos de compensación, y sobre todo, como subraya DE ÁNGEL (104), la solución acogida por la Ley italiana lleva consigo el enorme problema consistente en determinar la cuota de responsabilidad que debe atribuirse a cada uno de los que de forma probada hayan sido causantes del daño al medio ambiente, siendo como es de todo punto imposible la determinación de la cuota de culpa correspondiente a cada agente contaminador.

No es de extrañar, en cuanto a establecer reglas específicas de responsabilidad civil, que la Ley de 14 de mayo de 1986 sobre régimen jurídico básico de residuos tóxicos y peligrosos establezca el criterio de la solidaridad (art. 15.1 b).

Existirá responsabilidad solidaria cuando las diversas concausas sean todas indispensables para la producción del evento dañoso: así, un empresario no podrá excepcionar que sin la contaminación de otra fuente (por ejemplo, el tráfico automovilístico), las emisiones por él provocadas serían inicuas (105).

6. La reparación del daño ambiental y la cesación de la actividad contaminante

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico señala que el fin tradicional de la responsabilidad civil es indemnizar al perjudicado obligando al responsable del daño a pagar los costes de cualquier pérdida resultado de ese daño. La pérdida suele calcularse en función de la depreciación económica del bien agredido o del coste real de la reparación del daño. El daño al medio ambiente, al no tener un valor mercantil, no puede indemnizarse directamente como pérdida económica. No obstante, puede tener gran valor desde otro punto de vista, por ejemplo, la extinción de una especie o la pérdida de un paisaje pintoresco.

Si por un lado existe la obligación de mantener esos elementos del medio ambiente en buen estado, existe por otro la obligación de restaurarlos cuando hayan sido degradados, lo cual lleva aparejado el derecho de exigir al autor del daño los costes de esa reparación. La indemnización que el responsable tiene la obligación de pagar se calcula sobre la base del coste real de esa restauración.

La responsabilidad civil es un valioso instrumento jurídico para recuperar los costes de restauración de los daños al medio ambiente.

La propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos

(104) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 603.

(105) DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dellambiente, cit.*, p. 101.

menciona los recursos legales en caso de daños o deterioros al medio ambiente causados, o que pueden ser causados, por los residuos: a) una orden por la que se prohíba el acto o se subsane la omisión que causó o pueda causar el daño, y/o una compensación por el daño sufrido; b) una orden por la que se prohíba el acto o se corrija la omisión que causó o pueda causar el deterioro del medio ambiente; c) una orden que obligue a rehabilitar el medio ambiente y/o llevar a cabo medidas preventivas y a reembolsar los gastos legalmente contraídos en la rehabilitación del medio ambiente y en la adopción de las medidas preventivas (incluidos los costes de los daños causados por las medidas preventivas) (art. 4).

El Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños que resulten de actividades peligrosas para el medio ambiente se refiere a las acciones de reparación, pudiendo demandar toda asociación o fundación que, conforme a sus estatutos, tenga por objeto la protección del medio ambiente y que satisfaga cualquier otra condición suplementaria impuesta por el Derecho interno de la Parte donde la demanda es hecha: a) la prohibición de una actividad peligrosa ilícita que constituya una amenaza seria de daño al medio ambiente; b) una orden al operador para que adopte las medidas para prevenir un incidente o un daño; c) una orden al operador para que adopte, después de un incidente, las medidas para prevenir el daño; d) una orden al operador para que adopte las medidas de restauración (art. 18).

Con atinado criterio, la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 establece una serie de reglas específicas para solucionar el problema de cómo ha de ser resarcido el daño por muerte, el daño corporal o a la salud y el daño a las cosas, por influjos medioambientales, teniendo en cuenta criterios como el del coste de la curación intentada o llevada a cabo, la desventaja patrimonial sufrida durante la enfermedad, el pago de alimentos a terceros y los gastos por medidas de reparación de las cosas (arts. 12 a 16) (106).

La Ley italiana de 8 de julio de 1986 se refiere a la reparación del daño ambiental en el art. 18.6, a cuyo tenor, el Juez, cuando no sea posible una precisa cuantificación del daño, determinará el importe en vía equitativa, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, del coste necesario para la restauración y el beneficio conseguido por el transgresor a consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes ambientales.

El art. 18.8 establece que el Juez, en la sentencia de condena, dispondrá, cuando sea posible, la restauración del estado de los lugares a costa del responsable.

(106) Si como apunta BREITENSTEIN («La loi allemande lative à la responsabilité en matière d'environnement: pierse angulaire du droit de l'environnement?», en *Revue Juridique de l'Environnement*, 1993-2, pp. 236-237), el régimen indemnizatorio de la Ley alemana es clásico y no aporta verdaderamente nada nuevo en relación con el Derecho existente, aparece, sin embargo, una disposición que podría ser el comienzo de una verdadera responsabilidad civil por daño ambiental. En efecto, el art. 16 prevé el caso en que el deterioro de una cosa (daño material sufrido por el propietario de un objeto mueble o inmueble) constituye una agresión a la naturaleza o al paisaje y donde la víctima restablece el estado anterior. En este caso, el responsable

La acción de responsabilidad ex art. 18 comporta *in primis* la reintegración a costa del responsable de la situación material alterada con el único límite de admisibilidad relativo a la circunstancia, dada la naturaleza del bien lesionado, de que no sea ya reconstruible y/o reproducible en su capacidad funcional o, más en general, cuando, una vez alterado el equilibrio ecológico, no sea absolutamente más hipotizable reproducir una situación similar a la ya existente, dada la presencia de daños irreparables e irreversibles (107).

Se aprecia el reconocimiento de una tendencia del legislador a privilegiar la restauración *in natura* como instrumento de tutela de los bienes ambientales (108).

El deber del Juez de imponer, cuando sea posible, en caso de condena por daño ambiental, la restauración de los lugares representa seguramente el instrumento de protección más idóneo y de eficacia preventiva, constituyendo una oportuna solución a la más limitada tutela ofrecida por el resarcimiento del daño por equivalente. La formulación literal del art. 18 que prevé en el penúltimo párrafo el resarcimiento en forma específica en cuanto sea posible, induce a considerar la acción de daño por equivalente como una acción subsidiaria respecto a la otra. (109)

¿Cómo cuantificar y por medio de qué parámetros temporales el perjuicio irremediable sobre la «calidad de vida» o sobre las generaciones futuras? ¿Qué particulares y por añadidura qué empresa, en determinados casos, podrá estar en condiciones de resarcir la totalidad del daño?

Probablemente, sólo en casos marginales el Juez podrá determinar con precisión el daño y casi siempre en presencia de un deterioro del medio ambiente remediable, de tal grado que permita la restauración del estado *qua ante*.

Aparece así el recurso generalizado a la valoración equitativa, debido a la imposibilidad de determinar, en tal sector, con exactitud el montante del daño.

del daño no puede invocar la norma del BGB según la cual la reparación debida está limitada al valor de la cosa deteriorada.

El art. 16 otorga una verdadera reparación de un daño ecológico a cargo de aquel que es responsable de una agresión al medio ambiente, pero esto solamente con una doble condición: a) que el perjudicado sea propietario del lugar natural deteriorado; b) que él proceda efectivamente a su restauración.

Sobre la trascendencia del art. 16 para proteger el medio ambiente: SCHMIDT-SALZER, *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht*, cit., pp. 842 y ss., y SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, cit., pp. 368 y ss.

(107) CECCHERINI, «Danno e riduzione in pristino nella legislazione ambientale», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 277-278.

(108) CECCHERINI, «Danno e riduzione in pristino nella legislazione ambientale», cit., p. 282.

(109) BERTOLINI, «Il danno ambientale e tutela dell'ambiente tra diritto pubblico e privato», en *La qualità della vita e l'ambiente*, a cura di FERRANTI y PASCOLINI, Milano, 1989, p. 79.

El art. 18.6, imponiendo al Juez, el tener en cuenta en la determinación equitativa del efecto resarcitorio no sólo el coste necesario para la restauración, sino también la gravedad de la culpa individual y el beneficio conseguido por el transgresor a consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes, ambientales, delinea un modelo sancionatorio mixto, tanto con fundamento reparatorio como punitivo-retributivo (110).

En numerosas ocasiones, es difícil una precisa cuantificación del daño ambiental. Normalmente los daños derivados de agresiones al medio ambiente sólo son susceptibles de estimación por aproximación o según el razonable arbitrio del juzgador. Por ello, la apreciación del daño ambiental con criterios de equidad es dominante en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras. En este sentido, como hemos visto, se pronuncia el art. 18.6 de la Ley italiana. También, como subraya DE ÁNGEL (111), las reclamaciones en el caso Exxon Valdez lo han puesto de relieve a la hora de cuantificar los daños sufridos por los pescadores profesionales de las costas afectadas por la inmensa contaminación marina derivada del vertido de unos 2.000 barriles de crudo de petróleo en alta mar.

A efectos de una reflexión jurídica, procede señalar que hace un año se habían planteado al menos ciento cuarenta reclamaciones contra la compañía Exxon Valdez y/o sus empresas subsidiarias por parte de demandantes norteamericanos, incluyendo un cierto número de *class actions* formuladas por cuenta de pescadores y empresas transformadoras.

El juicio de equidad no supone el establecer «a ojo» la cuantía de la reparación, sino una ponderada contemplación de todas las circunstancias del caso. Este es el criterio que adopta la Ley italiana, ya que, como vimos, el Juez ha de tener en cuenta la gravedad de la culpa individual, el coste necesario para la reparación y el beneficio conseguido por el transgresor a consecuencia del resultado lesivo de los bienes ambientales.

En el marco de la responsabilidad civil, la reparación específica o *in natura* prevalece en nuestro Derecho sobre el resarcimiento por equivalente. Este implica una forma subsidiaria de reparación, a la que sólo se puede acudir cuando la reparación específica no es posible (112). El art. 18.7 de la Ley italiana acoge expresamente esta solución, en los términos anteriormente expuestos.

En aquellos casos en que el coste de reparación *in natura* exceda desproporcionadamente del propio beneficio obtenido con la reparación, procederá el resarcimiento pecuniario. En este sentido se pronuncia el art. 4.2 de la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos.

(110) FEDERICO, «Tecnico e criteri risarcitori per la tutela del danno pubblico ambientale. Una lettura dei commi 6 e 8 dell'art. 18 della legge 8 luglio 1986 n.º 349», en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 288 y ss.

(111) DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 598.

(112) DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 916.

Este caso es equiparable al de imposibilidad de reparación *in natura*, que deja vía libre al resarcimiento pecuniario.

DI GIOVANNI (113) señala que, sin duda, la forma más eficaz de tutela frente al ilícito ambiental es la cesación de la actividad lesiva.

El ejercicio de la acción inhibitoria se va a dirigir a evitar la repetición o continuación del ilícito ambiental.

En el preámbulo de la propuesta modificada de Directiva sobre la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos se destaca que para conseguir un alto grado de protección de los intereses de las víctimas y del medio ambiente, los Estados miembros deberán ofrecer a las personas con capacidad procesal activa la posibilidad de solicitar *medidas cautelares o sustantivas* (...) de la acción u omisión que haya causado o pueda causar el perjuicio o la degradación del medio ambiente. En este sentido es muy claro el transcrito art. 4. Análogamente, el art. 18 del Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños que resulten de actividades peligrosas para el medio ambiente.

Para justificar la tutela inhibitoria, además de la resarcitoria, se invoca la existencia de un derecho (de la personalidad) al ambiente (114). La acción inhibitoria protege los derechos de la personalidad, donde se enmarca el derecho a la salud y, en concreto, a un medio ambiente salubre.

Un sector de la doctrina alemana sostiene que las inmisiones que dañan el medio ambiente determinan la violación de un derecho de la personalidad, y como tal pueden ser impedidas mediante la acción negativa prevista en el parágrafo 1004 BGB, que, refiriéndose literalmente sólo al derecho de propiedad, se considera aplicable para la tutela de los derechos de la personalidad (115).

En la doctrina italiana se tiene en cuenta que la previsión legislativa de la acción inhibitoria para la protección de los derechos de la personalidad (116) hace fácil la extensión de la misma a los derechos no expresamente disciplinados, como el derecho al ambiente salubre (117).

En nuestra doctrina se señala igualmente que, en caso de lesión de un bien o derecho de la personalidad, se puede impedir la prosecución del ataque o lesión y acordar la reparación de los daños causados (118).

(113) DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell ambiente*, cit., p. 121.

(114) PATTI, *La tutela civile dell ambiente*, cit., pp. 88 y ss.; POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, cit., pp. 192 y ss.

(115) Autores citados en la nota 74.

(116) DOGLIOTTI, «Le persone fisiche», en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, 2, *Persone e famiglia*, 1, Torino, 1982, p. 56; CANTAUELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 71 y ss.

(117) PATTI, *La tutela civile dell ambiente*, cit., pp. 88 y ss.

(118) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1993, p. 342; MONTÉS, *Derecho civil. Parte general* (Coords. LÓPEZ y LÓPEZ y MONTÉS), Valencia, 1992, p. 72; DE ÁNGEL, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, Madrid, 1993, pp. 411-412.

En conclusión, el reconocimiento de la existencia de un derecho a la salud, que es un derecho de la personalidad, justifica el ejercicio de la acción dirigida a la cesación de la actividad contaminante, a fin de proteger un derecho de la personalidad, cual es el derecho a la salud, donde se enmarca el derecho a un medio ambiente salubre y adecuado para el desarrollo de la persona.

La acción dirigida a la cesación de la actividad contaminante puede también justificarse en la doctrina del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC). No cabe duda de que la actividad contaminante es una conducta abusiva y antisocial, con daño a tercero, que será la propia colectividad, y que, por tanto, justifica la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, es decir, la actividad contaminante.

7. La prescripción

La propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos considera que conviene prever un plazo de prescripción uniforme para ejercer el derecho al resarcimiento, tanto en interés del perjudicado como del productor. Los Estados miembros preverán en sus legislaciones respectivas que la acción de resarcimiento prescribirá en un plazo de tres años a partir de la fecha en que la persona potencialmente demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del daño o del deterioro causados al medio ambiente (art. 9.1).

El Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente establece que la acción de reparación del daño prescribe en el plazo de tres años a contar de la fecha en la cual el demandante ha tenido o hubiera debido tener razonablemente conocimiento del daño, así como de la identidad del operador (art. 17.1).

La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 dispone que a efectos de prescripción, serán de aplicación en lo que proceda las disposiciones vigentes del BGB sobre prescripción por actos ilícitos (art. 17). El plazo ordinario de prescripción es de treinta años (parágrafo 195 BGB).

El art. 18 de la Ley italiana de 18 de julio de 1986 establece, como ya sabemos, una disciplina que privilegia la legitimación del Estado a título exclusivo, monopolizada y en función de la naturaleza pública del daño ambiental. Ello implica que debido a la indisponibilidad del derecho al resarcimiento, la acción sea imprescriptible así como no susceptible de transacción.

En nuestro Derecho parece que hay que atender a la normativa sobre prescripción por actos ilícitos, que determina la aplicación de la regla general del art. 1968 CC, con lo cual, la prescripción de la acción

para exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia será de un año, contado desde que lo supo el agraviado. MORENO TRUJILLO (119) señala que se trata de un plazo que, en relación con la lesión patrimonial nacida de una alteración en el medio ambiente, resulta a todas luces insuficiente. La lentitud con que aparecen y se manifiestan las consecuencias de la contaminación, puede llevar al transcurso de años antes de que el agraviado, que pudo conocer previamente la existencia de ese detrimento, conecte la inmisión con el daño sufrido, localizando así a los sujetos responsables.

Sin embargo, si se parte de la existencia de un derecho de todos a un medio ambiente salubre y adecuado para el desarrollo de la persona (arts. 43 y 45 de la Constitución), que se conecta a los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física y moral, puede sostenerse la imprescriptibilidad de la acción para exigir responsabilidad por una agresión al medio ambiente que implica su deterioro, en la medida en que el daño ambiental es directamente daño a la salud colectiva. Hay que tener en cuenta que los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física y moral se insertan en el marco de los bienes o derechos de la personalidad y éstos son imprescriptibles (120). Esta tesis es indiscutible si el derecho al ambiente se concibe como un auténtico derecho de la personalidad, tal como entienden numerosos autores, según expuse anteriormente.

IV. LA COBERTURA DEL RIESGO AMBIENTAL

1. La necesidad de esta cobertura

La problemática de la cobertura del riesgo ambiental es abordada con amplitud por el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, refiriéndose tanto al problema del aseguramiento como al de la reparación del daño ecológico mediante sistemas de indemnización conjunta.

Las incertidumbres que dificultan la aplicación de la responsabilidad civil al daño ecológico plantean problemas también por lo que se refiere a los seguros. Las compañías de seguros tienen reparos en cubrir ciertas actividades si no se sabe qué tipos de daños pueden producirse y qué posibilidades hay de que ocurran, o si se dan pérdidas imprevistas que agotan la reserva de dinero. El régimen de responsabilidad civil instaurado, la ausencia de límites para la responsabilidad o

(119) MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, cit., p. 307.

(120) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., p. 339; MONTÉS, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 58; DE ÁNGEL, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, cit., p. 408.

la cobertura de riesgos especiales como la contaminación gradual, son elementos que dificultan a los aseguradores la labor de determinar hasta qué punto esos riesgos, ya de por sí bastante complejos, son asegurables, y, llegado el caso, la de especificar el nivel de su compromiso. Debido a estas incertidumbres se ven obligados, a veces, a aumentar las primas o a retirarse del mercado de los seguros de responsabilidad en materia de medio ambiente.

Hoy en día es difícil, y en algunos casos, imposible, conseguir que los seguros cubran los daños de la contaminación. Es una actividad relativamente creciente y no todos los aseguradores disponen todavía de la tecnología ni la capacidad necesarias para proporcionar este tipo de cobertura.

Actualmente, se está tendiendo progresivamente a obligar a determinados tipos de industrias y actividades que plantean riesgos especiales a asegurar su responsabilidad por causa de contaminación por medio de algún tipo de mecanismo financiero.

Cuando se exige un seguro se plantean varios interrogantes. Si el seguro fuera obligatorio, surgirían algunos problemas: las empresas tendrían que conseguir una cobertura en el mercado por la cantidad exigida, cobertura que no siempre podría obtenerse, y aun en el caso contrario, si el coste de la restauración del daño al medio ambiente fuera mayor que la cantidad de la póliza, el responsable tendría que pagar de todas formas la cantidad restante.

Si los seguros fueran obligatorios, las compañías de seguros tendrían, en realidad, poder para autorizar o no la actividad de la industria, mediante la concesión o denegación de un seguro a una empresa según presentará un riesgo «conveniente» o un riesgo «inconveniente».

La reparación del daño ecológico puede producirse a través de sistemas de indemnización conjunta. Estos sistemas son estructuras económicas basadas en cargas o contribuciones. Se parecen a los seguros en que los fondos creados se destinan a un objetivo determinado, como, por ejemplo, sanear o restaurar el medio ambiente. La financiación de estos sistemas con las contribuciones de los sectores económicos más directamente involucrados en el tipo de daño que hace precisa la restauración constituye una aplicación concreta del principio de que «quien contamina, paga». Estos sistemas, entre otras cosas, permiten resolver los problemas de daños por contaminación crónica, contaminación por emisiones autorizadas y contaminación originada en el pasado.

El coste del daño provocado por el efecto acumulado de las actividades de un sector se repartirá entre las empresas de tal sector y, por consiguiente, tales costes serán efectivamente internalizados como costes de las actividades productivas de tales empresas.

Hay otras razones que favorecen la utilización de los sistemas de indemnización en consideración a las características específicas de los daños al medio ambiente.

En primer lugar, en algunos casos de daños al medio ambiente es fundamental actuar con rapidez. Frente al tradicional mecanismo de la responsabilidad civil, caracterizado por la lentitud de los procedimientos judiciales para la obtención de algún tipo de reparación, los sistemas de indemnización conjunta pueden reunir fondos por adelantado. De esta forma, se puede disponer de capital rápidamente cuando son necesarias medidas urgentes o para reembolsar los gastos de una labor de restauración ya concluida. La carga del daño puede soportarse mejor con medidas colectivas que individuales y, además, si el coste del saneamiento derivado de un incidente fuera muy alto, es posible que no pudieran recuperarse todos los costes de un responsable con recursos económicamente limitados. Un sistema de indemnización complementaria puede proporcionar en estos casos la financiación precisa para poder llevar a cabo la restauración.

Para que pueda actuar la responsabilidad civil deben reunirse determinadas condiciones. Por ejemplo, si no se ha podido establecer un nexo causal entre el daño y el responsable, el mecanismo de la responsabilidad resulta inoperante, mientras que sigue sin resolución el problema de la asunción de los trabajos de restauración del medio natural agredido y de los costes que supone.

En los casos en que no pueda aplicarse la responsabilidad civil para recuperar los costes de restauración, serán precisos otros mecanismos. La solución puede ser recurrir a mecanismos de indemnización conjunta para cubrir los gastos de restauración del medio ambiente. Un sistema de estas características puede repartir equitativamente la responsabilidad de los costes en el interior del sector económico más vinculado a la fuente presumible del daño.

2. El seguro de responsabilidad civil

En España el seguro de responsabilidad civil no ha alcanzado por el momento el desarrollo mínimamente deseable ni en las primas ni en la especialización.

A este argumento se le añade la circunstancia de que el seguro de actividades industriales, en lo que se refiere a la cobertura de contaminación, es relativamente nuevo y que no ha sido más que en los últimos años cuando se ha despertado la «conciencia medioambiental». Por esto PAVELEK (121) afirma que es fácil colegir que en nuestro país queda casi todo por hacer.

Aunque siempre puede haber alguna excepción, las condiciones generales que figuran en las pólizas de seguro no consideran los daños

(121) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *Revista Española de Seguros*, 1990, n.º 63, p. 45.

al medio ambiente en un sentido amplio. En forma más concreta, quedan excluidos los daños causados por la contaminación del suelo, de las aguas o de la atmósfera.

Sustentándose en la exclusión genérica mencionada, las condiciones especiales contemplan la cobertura de contaminación como una garantía complementaria dentro de la póliza general, que se suscribe previo pacto en régimen opcional.

En la práctica de las entidades aseguradoras a la hora de abordar el riesgo de contaminación se aprecia un denominador común: la causa de la contaminación ha de ser accidental, súbita, imprevista y no intencionada. La intención de los aseguradores se dirige, pues, a amparar los daños de naturaleza repentina y accidental, sin pretender cubrir aquellos otros producidos lentamente de manera gradual: los daños latentes y diferidos (122).

Tradicionalmente, los modelos de pólizas de responsabilidad civil vienen refiriéndose a la cobertura de daños corporales o materiales, así como a las consecuencias derivadas de los mismos (lucro cesante, pérdida del disfrute de un bien, etc.). Sin embargo, el daño ecológico ofrece unas características especiales que exceden del alcance habitual de las pólizas de responsabilidad civil.

La especificidad de los daños causados por la contaminación lleva aparejada la obligación de reinstaurar el medio ambiente alterado con el fin de reponerlo a su estado anterior, y esta circunstancia implica determinadas prestaciones económicamente evaluables que no se reconducen dentro del esquema de un mero resarcimiento de daños individuales. Está en juego algo más: la salvaguardia del *res communis omnium*. Los denominados intereses colectivos o difusos referibles del mismo modo e indiferentemente a un número indeterminado de personas. De este modo, en el siniestro de contaminación confluyen determinados factores que son ajenos a los conceptos tradicionales, hasta el punto de que pocas veces se descende a valorar estas consecuencias, absolutamente consustanciales a esta clase de riesgos: gastos de limpieza y descontaminación; costes de restitución del medio ambiente, daños paisajísticos, repoblaciones; gastos de aminoración; emergencias y evacuaciones; pérdidas puramente económicas: clausura de negocios o cesación de actividades (hoteles, balnearios, etc.), afectados incidentalmente por una contaminación (123).

El seguro tradicional de responsabilidad civil por daños materiales ofrece resistencia a cubrir los daños causados por la contaminación, ello no sólo por la dificultad de probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador alegado, sino porque las pólizas exigen que el daño fuera imprevisto, repentino y momentáneo. Ninguna de es-

(122) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, p. 49.

(123) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, p. 50.

tas características se dan cuando la causa es la contaminación de la atmósfera y del agua de los ríos. La realidad es, por tanto, que hoy no existe ningún seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de contaminación como progresivo y duradero. Como dice GARRIGUES (124), hay que inventarlo.

En algunos países industrializados operan en este sector *pools* aseguradores que suponen el acuerdo de numerosas entidades aseguradoras y reaseguradoras para asumir conjuntamente este riesgo.

A lo largo de los últimos quince años, se han venido desarrollando una serie de acuerdos de este tipo que coexisten con el mercado tradicional del seguro de responsabilidad civil, pero que se diferencian en dos aspectos: se extienden a cubrir la contaminación gradual en base a pólizas específicas o bien se centran en un segmento concreto de riesgos. Su efectividad ha sido, sin embargo, muy cuestionada.

El *pool* tiene la ventaja de que su capacidad es mucho mayor que la de cada uno de los aseguradores que forman parte del mismo. No obstante, no se soluciona el problema básico, cual es el de dotar a la responsabilidad civil por daño al medio ambiente de un mecanismo de reparación que sea realmente eficaz, capaz de resolver los problemas específicos que la misma plantea, especialmente el que surge cuando no es posible precisar quién sea el responsable civil del daño ambiental.

Los *pools* más importantes son los siguientes: el francés Assurpol; el Inquinamento italiano; el Mas holandés; el Oil Pollution Liability Pool japonés; el Misjöskade Konsortiet sueco y el Plia (Pollution Liability Insurance) norteamericano. Asimilables a los *pools* europeos, aunque con una configuración no exactamente igual, se encuentran los denominados grupos de retención de riesgos norteamericanos (Risk Retention Group) (125).

Las entidades aseguradoras españolas, al igual que ha ocurrido en otros países, han constituido un *pool* de riesgos ambientales. El mismo ha comenzado a operar el 1 de enero de 1995 (126).

3. La garantía financiera obligatoria

Como destaca el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, actualmente se está tendiendo a obligar a determinados tipos de industrias o actividades especiales a asegurar su responsabilidad por causa de contaminación por medio de algún tipo de mecanismo financiero.

(124) GARRIGUES, «Palabras de apertura del 5.º Congreso Mundial de Derecho de Seguros», *Revista Española de Seguros*, 1978, n.º 15, p. 301.

(125) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, pp. 12-16.

(126) LÓPEZ-CERÓN, «El seguro de contaminación», en *Revista de Derecho Ambiental*, 1995, núm. 14, pp. 29 y ss.

La propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos considera que las responsabilidades del productor y del eliminador de residuos deben estar cubiertas por un seguro u otro tipo de garantía financiera (art 11.1).

El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños que resultan de actividades peligrosas para el medio ambiente establece un régimen de seguridad financiera obligatoria (art. 12).

La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 configura un sistema de provisión de cobertura (*Deckungsvorsorge*) de carácter obligatorio (art. 19), en línea con la propuesta central para la reforma del Derecho de la responsabilidad medioambiental (127). Será castigado con pena de privación de libertad de hasta un año o con multa, el que no cumpla la provisión de cobertura o lo haga de forma insuficiente (art. 21).

La Ley española de residuos tóxicos y peligrosos de 14 de mayo de 1986 establece un seguro obligatorio (art 4.2).

En las Jornadas celebradas en Segovia sobre el medio ambiente los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1988, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, se abogó por impulsar la tendencia actual de socializar el resarcimiento de daños colectivos, mediante el mecanismo jurídico del aseguramiento de los daños, de manera al menos parcial (128).

4. Los fondos de compensación

La creación de los fondos de compensación es una alternativa surgida en los últimos años para hacer frente al problema de la contaminación, a la vista de la estrechez del mercado tradicional del seguro, de los intereses sociales en juego y de los grandes grupos industriales afectados (129).

El fondo es una institución de carácter público, privado o mixto, cuya misión fundamental es facilitar la indemnización de los perjudicados y la restauración del medio ambiente.

El fondo es financiado por los potenciales agentes contaminantes. Los sectores económicos más directamente involucrados en el tipo de daños que hace precisa la reparación son los que han de contribuir a la financiación del fondo, a través de cargas o contribuciones.

(127) LANDSBERG y LÜLLING, «Umwelthaftungsrecht», I, *cit.*, p. 266.

(128) «Medio ambiente», *Poder Judicial*, número especial IV, 1988, p. 8.

(129) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, p. 16.

PAVELEK (130), siguiendo a BOCKER, pone de manifiesto que existen varias clases de fondos, atendiendo a su modo de operar:

- Fondo de garantía, que actúa cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica al responsable o éste es insolvente.
- Fondo complementario, que actúa cuando existe un límite máximo de responsabilidad y éste es sobrepasado por la reparación efectiva que se debe.
- Fondo autónomo, que opera en caso de daños producidos por orígenes no identificados; no hay que buscar responsables, sólo probar que se ha sufrido un daño concreto.
- Fondo de indemnización, que reembolsa a los navieros u operadores de carga y descarga de hidrocarburos de los daños que tengan que asumir por haber provocado determinadas contaminaciones, así como de los costes de limpieza o aminoración.
- Fondo de subrogación, que repara automáticamente el daño y luego busca al concreto responsable, a fin de recuperar de él la cantidad desembolsada.

En la práctica, un mismo fondo puede incluirse en varias clases de los fondos que he expuesto. Así, por ejemplo, puede ser autónomo y de subrogación.

La experiencia extranjera evidencia que operan numerosos fondos, a nivel nacional e internacional, para proteger el medio ambiente (131). Entre los más importantes cabe citar los siguientes: los fondos de contaminación marina, encaminados a indemnizar los daños por la contaminación causada por hidrocarburos; el Superfund norteamericano, creado para financiar el saneamiento de vertederos peligrosos; el fondo japonés, dirigido a compensar los daños producidos en las personas a consecuencia de la contaminación del aire; el fondo holandés para la indemnización de los perjudicados por la contaminación atmosférica; el fondo sueco para la indemnización de daños corporales y a la propiedad por contaminación del medio ambiente; y el fondo acústico francés, encaminado a resarcir a las personas que viven cerca de los aeropuertos de París.

(130) PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, p. 20.

(131) Una completa información por THIEM, «Environmental damages fund», en AAVV, *Compensation for pollution damage*, La Haya, 1981, pp. 144 y ss.; PAVELEK, «Seguro y riesgos medioambientales», *cit.*, pp. 16 y ss.; DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, *cit.*, pp. 261 y ss.; DESPAX, *Droit de l'environnement*, *cit.*, pp. 800 y ss.; DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, *cit.*, pp. 605 y ss., y *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, *cit.*, pp. 605 y ss.; International Bar Association, *Environmental Liability*, London-Dordrecht-Boston, 1991; AAVV, «Relazione di base», en *Il danno ambientale*. Centro di Studi Assicurativi, Milano, 1989, pp. 255 y ss.; SALJE, *Umwelthaftungsgesetz. Kommentar*, *cit.*, pp. 30 y ss.; GANTEN, *Fonds zum Ausgleich von Umweltschäden in den Niederlanden, in Japan und in den USA. Berichte über die Ergebnisse von Gespräche in den Niederlanden, Japan und in den USA*, Bonn, 1989.

Los fondos ofrecen importantes ventajas. Como destaca DESPAX (132), la existencia de mecanismos de financiación colectiva permite no sólo acelerar los procesos de reparación, sino también prevenir aquellos casos de insolvencia del responsable por razón de la importancia de los daños ocasionados por la contaminación, o en aquellos otros en los que el sujeto agente contaminador no está identificado e incluso cuando la contaminación tiene su origen en un suceso no determinante de responsabilidad, como puede ser una condición climatológica excepcional o un terremoto.

En esta línea, como ya he señalado, el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico destaca que en los casos en que no puede aplicarse la responsabilidad civil para recuperar los costes de restauración (si no se ha podido establecer el nexo causal entre el daño y el responsable, el mecanismo de la responsabilidad resulta inoperante), la solución puede ser recurrir a mecanismos de indemnización conjunta para cubrir los gastos de restauración del medio ambiente.

Las ventajas expuestas justifican el interés comunitario en favor de la creación de fondos de compensación para la reparación de los daños ambientales, puesto de manifiesto por el tan citado Libro Verde sobre reparación del daño ecológico.

El art 11.2 de la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos establece que la Comisión examinará al respecto la posibilidad de crear un fondo europeo de indemnización por los daños y deterioros causados al medio ambiente por los residuos a fin de cubrir los casos en que no se haya podido identificar al responsable o cuando el mismo no esté en condiciones de proporcionar una indemnización completa.

Algo parecido establece el art. 18 de la propuesta de Directiva relativa al vertido de residuos (133).

Las indudables ventajas que presentan los fondos de compensación explica que en la reunión mundial de asociaciones de Derecho ambiental, que tuvo lugar en Limoges (15 de noviembre de 1990), se recomendase a los Estados que potenciasen la creación de fondos internacionales para la reparación de los daños causados a las especies y los espacios protegidos internacionalmente, o de los desastres ecológicos cuando los responsables no puedan identificarse (recomendación 7).

Como subraya MARTÍN MATEO (134), esta tendencia a la creación de fondos de garantía tiene, para su materialización, un campo especialmente abonado en el ámbito de las relaciones que comprende el Derecho ambiental.

(132) DESPAX, *Droit de l'environnement*, cit., p. 800.

(133) DO n.º C 190 de 22-7-1991.

(134) MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, cit., p. 176.

Quizá la mayor reserva que esta fórmula puede suscitar es la consistente en que por su virtud las reglas sobre responsabilidad civil perderían una de sus más tradicionales funciones, esto es, la finalidad preventiva. La posible confianza de los agentes contaminantes de estar a cubierto de toda o parte de la responsabilidad en que incurrieren, por virtud del juego de estos fondos, constituye sin duda de ningún género una de la más visibles manifestaciones del conocido y denunciado fenómeno del «desvanecimiento de la responsabilidad civil», cuyo origen estuvo en otro tiempo en la implantación de fórmulas de seguro obligatorio (135).

Sin embargo, cabe obviar este inconveniente, si se preserva la finalidad preventiva necesaria en toda medida de protección del medio ambiente al otorgar al fondo el derecho de regreso contra el verdadero responsable. Aquí, como en otros dominios, donde un proceso de socialización de riesgos puede fácilmente descubrirse, conviene evitar que la creación de un fondo de indemnización tenga por resultado atenuar la vigilancia de los responsables eventuales. Es deseable que la institución responsable del fondo conserve un derecho de recurso contra los contaminadores, de tal manera que la amenaza de recursos determine la incitación permanente a la prevención de daños (136).

En la Reunión mundial de asociaciones de Derecho ambiental, se recomienda que los organismos colectivos de resarcimiento (fondos de garantía, compañías de seguros...) deben poder ejercitar acciones, tras la indemnización de la víctima, contra el contaminador culpable (recomendación 7).

Si debe bastar la prueba del daño para que pueda obtenerse directamente la reparación del fondo, éste debe disponer de un derecho de regreso contra el verdadero responsable, para recuperar de él la cantidad desembolsada. De esta manera se consigue tanto una rápida y eficaz reparación del daño ambiental, al disponer el perjudicado de una acción directa, no subsidiaria, frente al fondo, como plena subsistencia del efecto preventivo, propio de la responsabilidad civil, ya que la imputación del coste de la reparación recaerá sobre el verdadero responsable, una vez que el fondo ejercite contra él la acción, de regreso.

(135) DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, pp. 607-608, y *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, cit.*, p. 89.

(136) DESPAX, *Le droit de l'environnement, cit.*, p. 802.

Autodefensa, proceso y sociedades mercantiles: La destrucción de títulos-valores

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN (*)

Dr. Honoris Causa
Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid
Miembro de las Directivas de la «International Association of
Procedural Law» y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Colegiado s. ej. de los I. Colegios de Madrid, y Valencia

Vae victis.

(¿Brennus?)

1.— El llamado tradicionalmente «título-valor» —acción, obligación, bono, etc.— era y es una yuxtaposición de los elementos básicos o «soportes» a saber:

A) Un papel o cartulina, regularmente, de buena calidad —caro— material;

SIGLAS

BC o BBCC = «Boletín de Cotización» (en Bolsa) o plural.

BOE = Boletín Oficial del Estado.

BORM = Boletín Oficial del Registro Mercantil.

CSB = Consejo Superior Bancario.

LMV = Ley del Mercado de Valores.

LOTJ = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial.

LSA = Ley de Sociedades Anónimas.

(*) Para el Libro-Homenaje al Prof. Dr. Aurelio Menéndez Menéndez.

B) Sobre él, unas manchitas de tinta, que forman letras, palabras y frases, en las que describe el valor dinerario, —el «valor»—, contenido de ese papel o cartulina, en operaciones mercantiles.

La evolución del tráfico comercial, y la enorme proliferación del «título-valor» acción, obligación, etc., sus transmisiones constantes, así como sus sustituciones y anulaciones y cambios (1), a dado lugar a que se pusiera de manifiesto la incomodidad e inadecuación de estos bienes, objetos muebles; la «manipulación física de una ingente masa de papel» («Exposición de Motivos» Decr. 1128/1974, de 25 de abril, estableciendo un sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y Depósito de Valores Mobiliarios), su traslado constante, efecto de compra-ventas, el levantamiento y cambio constante de los depósitos, con su repercusión en el contenido material de los mismos; ello, agravado cuando del tráfico internacional de tales objetos se trata; todo ésto ha producido el fenómeno del tratamiento de los «títulos» como fungibles o sustituibles; su transformación en «anulaciones en cuenta bancaria».

Se parte de la nueva base de lo cuasi-obligatorio para los titulares, de haber de depositar sus títulos en poder de un establecimiento o entidad «adherida», determinada (arg. art. 4.º RD 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, clave de la situación jurídica actual). Estas entidades han de expedir —se *trataba* de un contrato de depósito— las «anotaciones en cuenta bancaria» necesarias, que sustituirán a las viejas cartulinas o «títulos-valores».

El antiguo título-valor, de papel o cartulina a la que se incorporan leyendas —y adornos, en ocasiones, de gran valor artístico o decorativo— es sustituido por un pedacito de papel —por un papelucho sin gracia alguna—, la «anotación en cuenta» procedente regularmente de un ordenador o computerizador (asqueroso neologismo) —el ordenador de la entidad emisora o de la depositaria— en el que también se han superpuesto (a menudo, de manera casi ilegible: mala educación en la conservación de los ordenadores) las leyendas en las que se indica el nombre de la entidad emisora, la emisión, el valor de que se trate, la cantidad del mismo, el nombre de la entidad «depositaria» y el del propietario. Estos papelitos, se sustituyen unos a otros, anulándose en su caso, por razón de las transmisiones de los «valores» o sus vicisitudes —aumentos o disminuciones de capital incorporado, incluso sus nulidades en sus casos—.

(1) *Cfr.* la interesante tesis doctoral de NEMESIO VARA DE PAZ, «Pérdida, sustracción y destrucción de los títulos-valores», con prólogo de R. GARCÍA VILLAVARDE, ed. Montecorvo, Madrid, 1986, *passim*.

Esta documentada obra se queda en el umbral cronológico del problema en España.

Las entidades emisoras, se liberan así de los gastos del papel o cartulina y de las impresiones —repito, en ocasiones eran hasta lujosas y espléndidas como categorías artísticas—; la entidad depositaria, ahorradora, evita el almacenar, custodiar y manipular tales artefactos —delicados por su esencia—, así como los pesados envíos por correo; se libera de expensas de personal, espacio, material y transmisiones. Así se simplifica y abarata el tráfico; pero no sin abaratar el coste a sus mantenedores, que son las entidades emisoras y las depositarias administradoras.

Se ha producido así, una escisión en el contenido del bien-objeto mueble, del antiguo «título-valor»; esto es,

A) De un lado, el «valor» dinerario, el «escrito», muy condensado, se incorpora a la «anotación en cuenta bancaria»;

B) Del otro lado, el viejo soporte, el papel o cartulina impreso y adornado en el que había constado.

Al producirse esa «des-incorporación» o «descorporeización» o «destitulación» del «valor» en el «título» (y los calificativos son a cual menos eufónico), en el «papel o cartulina impresos» es necesario inutilizar éste, para evitar duplicidades del «valor» ya incorporado a la «anotación bancaria». Y para evitar tales duplicaciones, en España, el bárbaro medio admitido legalmente, es el de autorizar la destrucción —previa su anulación— de los papeles, cartulinas o viejos títulos, por las antiguas entidades depositarias, bancos, cajas de ahorro, etc. (art. 4.º, 6 y Disp. Trans. I, 6 del RD 116/1992, de 14 de febrero *cit.*). (Las «entidades adheridas» o «encargadas» del RD) (2).

Y se olvida totalmente que esos papeles o cartulinas impresos, ya sin valor mercantil, siguen teniendo el *civil* (¿Por qué no llamarlo así?) de «papel impreso»; y que siguen siendo de propiedad, como tales papeles impresos, del titular del viejo «título-valor» ya inexistente.

Ese olímpico olvido —que puede verse a lo largo de todo el RD último citado— hace, incluso que los propietarios e interesados en esos antiguos «títulos-valores» hoy reducidos a «papeles impresos» una vez oficialmente anulados, no sean oídos ni citados previamente a su «destrucción» por la entidad adherida o depositaria (las «Entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, que dirige la gestión de la compensación de valores y su registro contable, desde la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores); hace que esos legítimos propietarios, repito, no sean llamados ni oídos temporánea-

(2) Como se verá a lo largo del examen de la legislación, hay una opción, que también se deja a las entidades «destructoras»; la de, simplemente, «anular visiblemente los antiguos títulos» con lo cual, estos conservan su valor civil, del cual se dispone como se verá.

Pero se prefiere la destrucción (*Cfr.* el borrador de la Circular del Consejo Superior Bancario (CSB) 122/1993, de 3 de diciembre) en el que se refleja el pensamiento de sus AA. mas bien favorable a las destrucciones.

mente sobre esa destrucción o «anulación visible» art. 4.º, 6 RD 116/1992, y pervivencia; Circular del Consejo Superior Bancario (CSB) 122/1993, de 3 de diciembre regulando tales destrucciones).

Esto es: se concede por la normativa, a las «entidades adheridas» —bancos, cajas de ahorro etc., art. 76 RD 116/1992— *una potestad de autodefensa muy intensa, ope legis*; ya que acuden a la violencia —a la destrucción de bienes ajenos— sin proceso legal previo ni intervención judicial. Los propietarios, no pueden —no se enteran— reclamar la devolución de sus «papeles impresos», que no han dejado de ser «suyos» (mejor dicho: esa destrucción o ulterior posible disposición por parte de la entidad ejecutora, indica que han sido expoliados).

En efecto, el RD 116/1992, de 14 de febrero, admite que, tras su legal anulación como «títulos-valores» producida por obra de su transformación en «anotaciones en cuenta bancaria», la entidad depositaria (que deja de llamarse tal, art. 4.º de RD) o la emisora en su caso, «podrá proceder a la destrucción de los títulos recogidos, extendiendo el correspondiente documento en el que se haga constar dicha circunstancia, que será también firmado por un representante del emisor. En todo caso, en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados» (art. 4.º, 6 DR 116/1992 *cit.*).

La Circular del Consejo Superior Bancario n.º 122/1993, de 3 de diciembre regula el «proceso de destrucción» de los antiguos títulos-valores, sin que en él se advierta ninguna necesidad de advertir a los propietarios los «papeles» de que ván a ser destruidos, para que los retiren. Y el acto de la destrucción se regula en su Anexo 3, con la gravedad con las que antiguas *Ordonnances* francesas estudiaban la ejecución de personas inquisitivamente condenadas...

Esta normativa, no respeta los derechos de los propietarios sobre los soportes materiales de sus antiguos valores; son las entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, las que, por el mecanismo de la autodefensa autorizada legalmente, obran y destruyen bienes ajenos. Mejor dicho; ya no ajenos. Se ha producido una expoliación de tales bienes, como se vá a ver.

Mientras se desarrolla este *processus*, en su correspondencia ordinaria con sus clientes-depositarios de títulos-valores, las entidades «depositarias» ya han dejado de serlo, pero continúan tratando de «la administración de su cuenta de valores» del «contrato especial de valores», del «depositante», de «gastos del depósito»... cuando posiblemente *ya han destruido el bien depositado*.

Una de las obligaciones del depositario mercantil —varias— es la de conservar los bienes depositados es la de —«conservar la cosa»— así con «devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida» (art. 306 del Código de Comercio vigente). Luego, ya no se trata, aquí, de un depósito. Ha sido novado (?) *ope legis* por una situación en la que se autoriza a determinadas entidades a destruir bienes ajenos que estaban depositados, sin advertir a sus titulares de tal propósito.

Esto es, se ha producido una expoliación. El RD 116/1992, ni sueña —naturalmente— con que se trate de «una expropiación forsoza por utilidad o interés social». Es pura y simplemente, una expoliación.

Si esos papeles molestan a las antiguas entidades depositarias, ins-ten a sus propietarios a que se los lleven, antes de proceder a violencias destructoras. Pero las publicidades en cuanto anulación de los ex-títulos, no suplen, a mi entender, las notificaciones específicas previas a tales violencias autodefensivas.

Mas el RD 116/1992, en su art. 4.º deja a las entidades —ex-depositarias—, la opción entre «destruir» o «hacer que figure» (en los títulos «que no se destruyan») visiblemente, que han quedado anulados (Art. 4.º,6); y la Circular 122/1993 *cit.*, insiste en la necesidad de que conste claramente esa anulación, para «evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancia de haber quedado anulados» (Circular *cit.*, *aff.*...).

Esto es: no se deja opción al propietario, pero sí al «depositario a la «Entidad/encargada», del art. 4.º RD *cit.*, entre destruir o conservar esos «papeles impresos».

Lo lógico, repito, sería en este caso, devolverlos a sus propietarios —que lo siguen siendo; pagaron no solamente por el «valor» sino por el «título»—; pero el RD *guarda silencio*. El accionista no demasiado advertido de este ordenamiento bancario cuasi-sumergido, está confiado en la existencia de sus valores depositados —el banco se lo dice periódicamente—; pero éstos, no solamente ya no existen como «títulos» sino que sus soportes, los «papeles» se hallan en poder de otro, el cual dispone de ellos.

En efecto, sería pedir cotufas en el golfo, hacer que los bancos vol- viesen a custodiar tales papeles, sin valor «mercantil». Por ello, lo racional en ciertos directivos, a la vista del silencio de la ley, será proceder a su eliminación mediante... la venta.

Y aquí entra en juego el valor *civil* de aquellas cartulinas, quizás tan artísticamente decoradas: esa venta es posible que se haga, directamente o por intermediarios, a coleccionistas —lo mismo que los hay de sellos o de billetes de banco caducados, etc.—, o bien a simples aficionados al arte, como objetos decorativos. Y sus precios pueden ser muy altos. En efecto, se trata de bienes de mercado, en cantidad limitada y no reproducibles (no hay mas «acciones» que las de aquella emisión), cuyo valor aumentará con el tiempo, hasta devenir objetos históricos. Y este coleccionismo está hasta internacionalmente organizado.

Pero, la entidad destructora «las entidades encargadas» del art. 4.º,4 RD 114/1992, de 14 de febrero —ahora se las podría llamar entidades-verdugo— si escoge la no destrucción y consecuente oposición de un sello o cajetín en el que se «haga figurar visiblemente que han quedado anulados», no se va a encargar de nuevo de la custodia de lo que ahora

son papeles sin valor mercantil, y que cuando aún lo tenían, le molestaban por su volumen—; calidad de delicados en su manipulación y transporte—. Y no ha escogido su destrucción ¿Qué hará? Ni el RD que cito, ni otras disposiciones que yo conozca —en medio de ese pantano, de normatividad sumergida que es el de las finanzas españolas, movido por Circulares e Instrucciones cuasi-secretas o de publicidad muy limitada— impiden que las citadas entidades puedan enajenar esos bienes que obran en su poder —los «papeles impresos»—; que dejen de devolverlos a sus dueños y directamente, o por personas interpuestas, los... enajenen incluso a título oneroso. Bien sea —lo repito— como vulgar papel usado a reciclar, bien... como papel-objeto de arte y decoración. Y hay muchas de esas acciones y obligaciones ya desprovistas de su valor mercantil, que lo siguen teniendo *civil*, y muy grande. Sin perjuicio, además de posibles valores sentimentales, de entidad incalculable.

Todo esto, lo desprecia la legislación bancaria específica vigente. «El título-valor», se destruye por la «entidad-encargada —la ex-depositaria transformada en verdugo— o se anula visiblemente». Y se acabó.

Pero no «se acabó». Ha habido una autodefensa permitida *ope legis*, que ha terminado —si los bienes muebles se enajenan a título oneroso por la entidad «encargada»— con un enriquecimiento injusto. Y además, si el Estado u otra entidad de derecho público percibieren impuesto sobre tal transmisión, ese enriquecimiento injusto les favorecería; se habrían co-partícipes de él, además de haber provocado su aparición.

El asunto podría tener una vertiente penal, que no examinaré aquí.

2.— El camino de la destrucción —pasando por su transformación, por la des-incorporación, por su des-corporeización como valores— de los ex-títulos-valores, es complejo (3). Y llamo una vez más la atención, —es esencial— sobre el hecho de que, en ese *iter*, no se cuenta para casi nada con los propietarios de tales bienes. Todo transcurre entre superiores entidades financieras del país (4) y las entidades bancarias —a las que se exorna con el nombre de «Entidades adheridas»— (art. 30 y esp. 76 y ss. del RD 116/1994)— o de «entidades en-

(3) *Cfr.* mi monografía «Ensayo sobre procesos complejos» Madrid, ed. Tecnos, 1991. Es la Ponencia nacional española al IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, org. por la International Association of Procedural Law (Coimbra-Lisboa, 1991).

(4) El Consejo Superior Bancario, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 14 ss. Ley del Mercado de Valores, 24/88, de 28 de julio), (LMV), el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —una sociedad anónima, por cierto, art. 54 LMV—, las Sociedades y Agencias de Valores, las Bolsas de Valores —también regidas por sociedades anónimas—, y las «Entidades adheridas» o «encargadas» que son los Bancos, Cajas de Ahorros etc. (art. 78 ss. RD 116/1992 *cit.*); más claramente: las depositarias que *ope legis*, se autodefenden destruyendo los bienes depositados (en su parte perenne, el «papel impreso»).

cargadas del Registro Contable —art. 30 del mismo, o simplemente de «Entidades encargadas»— de la destrucción o «anulación» de los títulos, art. 4.º 6 RD 116/1992); todo ello con bastantes confusiones terminológicas que repercuten en la atmósfera bancaria; pero no se cuenta, efectivamente, con los propietarios de los títulos-valores, mas que a fin de exigirles su presentación para su transformación en anotaciones en cuenta (art. 4.º, *cit.*) con amenaza de su anulación.

Después, en efecto, hay notificaciones generales, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» —art. 49 RD 1992—, en el «Registro Público» *ad hoc*, art. 7.º RD 1992, etc.; el nombre de los propietarios, naturalmente, figura en las anotaciones en cuenta (5), etc.; pero yo no veo que se notifique a tales propietarios de la ya acordada destrucción de sus objetos muebles depositados, o de su «anulación visible», del art. 4.º del RD rep. citado.

Y no hay intervenciones judiciales; ni sospecha de que pueda tratarse de una actividad de jurisdicción voluntaria garantizada por la presencia judicial.

A la inversa: ya en la Ley del Mercado de Valores (LMV) 24/1988, de 28 de julio, «el concepto de fe pública obligatoria de los agentes mediadores desaparece» («Exposición de Motivos» 6) y esos fedatarios, son sustituidos por las «Sociedades y Agencias de Valores» (art. 62 y ss. LMV).

Esta desaparición de la fé pública en el tráfico de títulos-valores, y su sustitución por las «transformaciones contables» (art. 12 del RD 116/92, de 14 de febr.) —que equivalen «a la tradición del título» (art. 12 *cit.*): esto es, la sustitución del fedatario por «un dedo anónimo pulsando una tecla del ordenador»— supone, en el fondo, una deshumanización de todo el tráfico, que naturalmente, hace casi-desaparecer al Hombre en la vorágine administrativo-financiera de actividades administrativas (no independientes, naturalmente: subordinadas a la alta administración política y, por lo tanto, sujetas a sus avatares) (6) además de a sus

Pero apenas se habla de los propietarios de esos títulos-valores, (si no es para imponerles «su entrega» a fin de que sean transformados en las «anotaciones bancarias», art. 4.º RD *cit.*).

(5) *Cfr.* los Anexos A-1 y A-3 en el «Manual de Operaciones con emisoras de valores. Tratamiento por las entidades depositarias de las operaciones financieras y juntas de accionistas de las sociedades emisoras» publ. del Consejo Superior Bancario, Serie Normas y procedimientos bancarios, n.º 61, Madrid, noviembre de 1992, imp. Realigraf S.A. Publicación aprobada por el CSB el 18 de noviembre de 1992 (Circular del mismo, 24 de noviembre 1992), *passim*.

(6) No se puede olvidar aquí el tremendo crujido producido en uno de los mayores establecimientos bancarios españoles a fines de 1993; ni su venta en subasta entre otros bancos. Ni las posibles concausas políticas del *crujido*, que tanta ruina ha acreado.

propios achaques (7). Sumergido hasta el punto de que la normativa, se desentiende de él y llega a expoliarle de sus bienes, sin preocuparse de su cadáver —más que para imponerle tributos, naturalmente— (8).

Para proceder a la transformación de los viejos títulos-valores en esas «modernas» manchitas de tinta sobre pésimo papel que son las «anotaciones en cuenta bancaria», (si no se han producido ya las amisiones directamente como tales «anotaciones», lo que es cada vez más frecuente), la sociedad que lo desee —hoy día el método está impuesto *ope legis*— deberá hacerlo por escritura pública (arts. 5 y 6 LVM); en ella, deberá constar la entidad que se encarga del Registro Contable (que será el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —una sociedad anónima oficial— o una de sus llamadas «Entidades adheridas» que son los bancos y cajas de ahorros, etc. (art. 6,1, 30,1 y 76 y ss. del RD 116/ 1992, de 14 de febr.), una de las copias de tal escritura pública (que ha de inscribirse en el Registro Mercantil, art. 6,1 y Disp. Trans. Primera, 5, y en el Registro Público del art. 92-3) de la LMV de ha depositado en la referida entidad.

(7) La inevitable publicidad y repercusión de la irregular conducta del Gobernador del Banco de España, descubierta desde 1992 y *oficialmente*, ahora. Y no puedo afirmar ni negar aquí la posible influencia que haya podido tener el mal funcionamiento del «Boletín Oficial del Estado» (—una de sus últimas erratas fue la de aponer una firma que no era la que correspondía al nombre del Ministro de Asuntos Exteriores español—, al pie de la ratificación —su publicidad— de los Tratados de Maastricht —los tratados del Siglo— y; BB.OO. del E. del 13 y 14 de enero de 1994).

Cfr. mi trabajo «Errores en la técnica legislativa» en mi libro «La Reforma Procesal Penal» EDESA, Madrid, 1992, pág. 1 y ss.

Pero la abundancia de *erratas* gigantescas, es un hecho notorio. Y lo mismo algunas peculiares maneras de *corregirlas*.

Piénsese en la transcendencia de las publicaciones de contenido bancario en el BOE.

(8) Se aprecia actualmente en España, una grave tendencia oficial a *desmontar* las figuras clásicas de los fedatarios públicos —Notarios, Corredores de Comercio y Bolsa, Secretarios Judiciales—; tendencia de enorme transcendencia si lo que se hace es sustituir su intervención por la de elementos nuevos y disciplinados a autoridades administrativas superiores y a las políticas de manera indirecta.

Recuérdese uno de los caminos seguidos por el movimiento totalitario nacional-socialista en Alemania: el de intentar sustituir al proceso civil por la «más cómoda y módica» jurisdicción voluntaria. Cfr. sobre ello, ante todo a BAUMBACH; su crítica, ya entonces, en CALAMANDREI, y actualmente, mi conferencia «El auxilio de los Tribunales y la Jurisdicción Voluntaria» en «Justicia 92.º», Barcelona, núm. IV, p. 789 y ss.; «La Jurisdicción «voluntaria», los juicios sumarios, las confusiones en la Historia y su evolución. Posible soluciones». Comunicación al «XVII Convegno Nazionale dell' Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile» (Palermo, octubre de 1989), en las «Atti del Convegno» Milan, Giuffrè, 1991, p. 177 y ss. (también en el «Boletín del IC de Abogados de Madrid», marzo/abril de 1990, p. 19 y ss.). Este fenómeno de intentar sustituir a los cuerpos clásicos por otros nuevos de composición vaga, lo diputo peligroso; y es muestra de una inclinación intervencionista estatal, proclive al totalitarismo.

Las «Entidades depositarias» pueden ser también las depositarias —los bancos, cajas etc.— de esas nuevas «anotaciones en cuenta» en las cuentas de los individuos o entidades, ya avocados a la destrucción o inutilización de sus títulos por su forzada entrega.

El papel del «depositario» —perfectamente desvirtuado en la actualidad— es fundamental. El antiguo accionista u obligacionista que, en el legítimo disfrute de sus derechos dominicales, conservaba sus títulos en su casa (o en donde le plugiera) y que no tenía más contacto con la entidad emisora que la de enviarle los cupones para su pago (enterándose por la prensa local) o bien por medio de ese banco depositario; ese antiguo y pacífico accionista, desaparece.

En efecto, si bien el artículo 38a de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) sigue hablando del derecho del accionista a «recibir los títulos que le correspondan» el art. 38-a,3 habla de «la entrega de los títulos (y aún ahora, supremo sarcasmo, se habla de «entrega de títulos» —ya sin «valor»—... a su antiguo propietario, art. 27,4 DR 116/1992); aunque subsistan esas normas, la LMV y el RD 116/1992 de su desarrollo, han reducido mucho tales derechos; recordemos que si la sociedad emisora ha acordado (y esto se produce ya *ope legis*) la transformación de los títulos en anotaciones en cuentas, los propietarios titulares quedan obligados a «presentar los títulos» (art. 4,2 RD 116/1992) en un plazo preordenado (esto es fundamental: este plazo se ha de publicar en el BORM y en un diario de gran circulación de la provincia; ha de ser superior a un mes e inferior a un año). Si no lo hace, sus títulos «quedarán anulados» art. 4.º,4 RD *cit.*) con la restricción de haberse de respetar —por el momento— sus derechos dominicales (art. 4.º,4 y 5 RD 1992 *cit.*). Ello, me parece que ya está fuera del libre ejercicio de la «autonomía de la voluntad» por parte de esas «Entidades encargadas del Registro Contable» —que son las depositarias—; y que estamos ya en el campo de la autodefensa de las entidades amisoras, del «comerciante anónimo *versus* el individuo que lo sostiene» (9); autodefensa, ya que se resuelve el conflicto de intereses entre el titular y la emisora, por la fuerza, por ésta, sin acudir a un proceso.

(9) Véanse algunos ejemplos de autotutela bancaria:

Las «Condiciones del expediente de administración de inversiones» (de una prestigiosa firma, naturalmente):

Condiciones:

«6.ª Los activos adquiridos estarán materializados en *anotaciones en cuenta* «El silencio del inversor ante la comunicación de modificaciones en el «expediente de inversiones», significa, tiene el valor de manifestación de voluntad de aceptación de las mismas, y su rechazo el efecto de manifestación de voluntad de resolver el presente EXPEDIENTE (8.ª)».

Todo esto, excede con mucho de la simple autonomía de la voluntad de una de las partes de un contrato. Es su dominio inexorable, que sujeta a la parte inferior en fuerzas —el cliente— a una interpretación facticia y desfavorable al mismo.

«Una vez efectuada la transformación» (10) las «entidades encargadas» —que son los antiguos depositarios, hoy transformados en ejecutores de la destrucción o «anulación visible» de los títulos; malo es transformarse de depositario en verdugo— podrán —repito— proceder a la destrucción de los títulos recogidos, extendiendo el correspondiente documento en el que se haga constar dicha circunstancia, que será firmado también por un representante del emisor. En todo caso, *en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados*» (art. 4.º, 6 RD 116/1992, de 14 de febrero).

Y el *processus* lo desencadena el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores que es el que determina las fechas de transformación de los títulos en anotaciones (Disp. Trans. Primera, 4. RD 116/92), y que dicta las instrucciones corresp. a las «Entidades adheridas», publicándolo todo en el BORM, en los BBCC y en un diario de circulación nacional (Disp. Trans. *cit.*, 4).

Como se ve, no se notifica al propietario de los antiguos títulos-valores de la próxima destrucción de sus bienes —de esos papeles impresos *depositados*— o de su «anulación visible». Todo se desarrolla *in absentia*, como si los titulares fueran o estuvieran sumergidos una «masa de intereses difusos» cuando en realidad, están *perfectamente identificados* en cada momento (11).

Pero vale la pena asomarse al cadalso el día del auto de fe. Lo dirige la administración financiera, el Consejo Superior Bancario, por obra de su Circular n.º 52/92, de 25 de junio, y más concretamente con su desarrollo la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, sobre «Procedimiento normalizado para destrucción de títulos anulados por transformación en anotaciones en cuenta (RD 116/92)». La minuciosidad, podría compararse a la de ciertas *Ordinnances* francesas de los Siglos XVII y XVIII regulando la ejecución de reos de lesa majestad. (Pero no hay ningún asomo de comunicar al propietario el sacrificio de sus bienes ni antes ni después de la hoguera (12).

Los documentos sobre esa destrucción están «normalizados» —expresión equívoca con la que actualmente se designa lo «ordinario» «en serie»—. Y figuran los «Modelos», en el «Manual» que cito.

Según la citada Circular 122/93, de 3 de diciembre, los presupuestos de la destrucción son:

(10) *Cfr.* el «Manual» *cit.*, 8, «Operaciones diversas sobre valores, 8.1, «Transformación de títulos en anotaciones», p. 29.

(11) *Cfr.* el «Manual» *cit.*, p. 63 y ss., «Justificación de derechos de valores anotados en cuentas» Anexo A-3.

(12) Hable de «hoguera» en sentido figurado, naturalmente. Pero la destrucción en sí, es un fenómeno de incivilitación como el de la «hoguera». No ignoro la existencia, en las entidades potentes, de complicadas máquinas laceradoras-incineradoras. Pero me es lo mismo que se utilicen chisqueros de pastor.

- El otorgamiento de la escritura pública (art. 6.º y disp. trans. 1.ª, 5, del RD 116/92) e inscripción en el Registro Mercantil;
- El Depósito de la escritura pública en el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (art. 7.º RD *cit.*);
- Publicación del anuncio de anulación de los títulos transformados (Disp. adicional 1.ª, 5, párra. 2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

«En lo sucesivo —dice la Circular 122/93— las entidades depositarias efectuarán la destrucción de los títulos depositados a partir del momento en que las sociedades emisoras publiquen los anuncios de anulación directamente o por medio del SCLV».

«El iniciar el proceso de destrucción de los títulos de cada clase de valor las entidades depositarias informarán a la sociedad emisora de los mismos mediante escrito conforme al modelo anexo 2», —sigue la Circular 122/93—.

«El documento acreditativo de la destrucción se extenderá por duplicado, conforme al modelo anexo 3 —que fue aprobado por la Circular 52/92— y será firmado por representantes de la Entidad Depositaria y de la Sociedad Emisora» (13).

[Esto está ya pareciéndose a la ejecución de una pena de muerte (Reglamento de Prisiones de 2/2/1956): esas personas no ocupan el puesto de los Ministros de la religión del condenado; sino más bien el de los acusadores; el defensor, no tiene lugar aquí, ¿Para qué?].

«El detalle de la numeración de los títulos destruidos que debe acompañar al documento se recogerá en un listado —pudiéndose facilitar también soporte magnético a solicitud de la emisora—, con los formatos definidos en el anexo 2-A del folleto 61 «Manual de Operaciones con Sociedades Emisoras de Valores» publicado por Circular número 93/92 de 24 de noviembre».

[Nótese al interés por todos —aquí, por la emisora— pero nunca por el protagonista de ese incendio voluntario de bienes que es su propietario, aún no expoliado. Cfr. *infra*].

«Se recomienda —termina la Circular 122/93, de 3 de diciembre, del Consejo Superior Bancario— a los bancos [por fin aparecen con su nombre los ejecutores: los antiguos depositarios, destruyendo el bien depositado] desarrollen con diligencia y agilidad el proceso de destrucción, debiendo evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancias de haber quedado anulados».

(13) Cfr. el «Manual» *cit.*, y Circular del CSB n.º 122/93, de 3 de diciembre. IX.

(Saludos de uso: firmado: Alfonso Caro Santa Cruz. Secretario General).

Esta «diligencia y agilidad» en la destrucción, obedece tan sólo a imperativos de comodidad de los bancos etc.; los propietarios no tienen el menor interés en ello; y a través de tales «diligencia y agilidad»... se puede evitar que accionistas incómodos protesten incluso por la vía judicial, contra tales destrucciones de sus bienes.

Se acompaña —naturalmente— una lista de «Valores cuyos títulos pueden ser destruidos por las entidades depositarias (De acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 1.^a punto 6 del RD 116/92 de 14 de febrero)». Es lógico. La ejecución precisa tener contenido físico determinado (Anexo 1.º de la Circular).

Pero los directores de la ejecución, no han dejado detalle en el tintero. Sería, sin duda, lamentable y aún punible que faltasen las formalidades que vamos a leer. Y ello asemeja cada vez más a una ejecución de reo de proceso inquisitivo *radical*. Y así, el Anexo II a la Circular 122/93, de 3 de diciembre es un:

«Modelo de carta para informar a las sociedades emisoras el inicio de proceso de destrucción de títulos anulados».

Comienza con la fecha y la designación del destinatario, la sociedad emisora. Y tiene el siguiente e instructivo texto:

«Muy señores nuestros:

Publicado el anuncio de anulación de los títulos físicos correspondientes a... (clase de valor)..., con motivo de su transformación en anotaciones en cuenta, les informamos que, de acuerdo con la disposición transitoria primera punto seis del Real Decreto 116/92 de 14 de febrero, y con arreglo al procedimiento normalizado por el Consejo Superior Bancario en sus circulares número 52/92 de 25 de junio y número 122/93 de 3 de diciembre, vamos a proceder a la destrucción de los títulos que se encuentran depositados en nuestras cajas».

«Proximamente les remitiremos el documento acreditativo de la destrucción, por duplicado, para su constancia y con el fin de que nos devuelvan la copia una vez firmada por ustedes».

«Junto con el citado documento se acompañará listado con el detalle de las numeraciones de los títulos destruidos. Si fuera de su interés les podemos facilitar ese mismo detalle en soporte magnético».

«Atentamente...».

En esta carta, con mayor claridad que en el a veces enrevesado texto del RD 116/1992, de 14 de febrero, aparecen los interesados —mejor involucrados— en el «incendio»: el ex-depositario (que lo hace

todo al revés: destruye el bien depositado, contraviniendo el art. 306 del Código de Comercio); la entidad emisora del valor. Pero no el propietario y depositario de los objetos que se queman (14). Hay el más absoluto desprecio *en las normas legales* con él. No tratándose de una expropiación —previa— por razones de utilidad pública o de interés general, sino de la comodidad y economía de los depositarios, he aquí una destrucción de bienes —muebles— ajenos sin expropiación previa *legal*, expediente para lograr economía y comodidad —los depositarios, los emisores etc.— a costa ajena. Todo un ejemplo de inconstitucionalidad, de ataque injustificado de los derechos de propiedad del art. 33-3 CE; la no citación de los propietarios previamente al desastre a consumir con sus bienes, para que lo eviten; agresión al art. 24 de la misma; y en general, todo este edificio semi-secreto y escasamente jurídico pero *normado* reglamentariamente, contrario a cualquier solidaridad (espléndida noción, degenerada por su mal uso, desde que consta en la Constitución; se aplica incluso a las máquinas (15) (!) pero por lo que se vé, no a las personas en relación con las entidades financieras públicas y aún «privadas»).

La perla de nuestro ordenamiento que estoy examinando, aún no ha terminado: continúa con un

«Anexo 3» —siempre de la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre)—: «Documento acreditativo de destrucción de títulos por transformaciones por anotaciones en cuenta».

Se fijan en él,

«Formato: las dimensiones del modelo serán DIN A-4 (297 mm x 210 mm.); «Estructura: constará de dos ejemplares: 1, para la Sociedad emisora; 2, para la Entidad Depositaria».

(Nótese que en toda esta Circular se hace un gran gasto de Mayúsculas).

«Nota: Este modelo se utilizará en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 116/1992 de 14 de febrero, con motivo de la transformación en anotaciones en cuenta de los títulos fungibles (Disposición Transitoria primera, punto 6)».

(14) De él no se habla en esa Circular.

(15) *Cfr.* el bizarro RD 1435/92, de 27 de noviembre (BOE del 11 de dic.) del que resulta que la solidaridad es noción indispensable en las máquinas (art. 1.º, 2).

Este RD procede del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, con la lógica firma del Ministro entonces, Dr. VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Cfr. sobre este importante documento, mi trabajo «Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica, en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», núm. 8, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1993-3. p. 535 y ss. y esp. 550 y ss.

El documento en sí mismo, es del modelo que sigue: Al frente: es cajetín horizontal para la «entidad Depositaria», con el NIF; a continuación:

«Representada por: D.... NIF; D.... NIF con poderes suficientes para expedir este documento».

«Hacen constar:

«Que a los efectos previstos en la Disposición Transitoria Primera, punto 6) del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, se ha procedido a la destrucción de los títulos representativos de.... (número de títulos y denominación de la clase de valor), que permanecían depositados en nuestras cajas, y cuya numeración figura detallada en el....

(listado o soporte magnético) como anexo a este documento»,

«En.... (lugar y fecha) —a escribir en letra—.

«En representación de la Sociedad Emisora.»

Fdo.

En... (lugar y fecha, a escribir en letra).

En este documento —modelo— los normadores (16), se expresan con bastante más claridad que en el RD 116/92 ya fuera de confusiones entre «Entidades adheridas», «encargadas» «Agencias» etc.: aquí aparece como entidad destructora, la depositaria; y como interesada, la entidad emisora de los «títulos físicos» que se destruían. Para nada figura el propietario de los bienes *restantes* —ese «papel impreso» que puede tener enorme valor; más que el del título cuando a él estaba incorporado—.

Pero el *iter*, no les parecía a los AA. del mismo, completo; era preciso fijar un «modelo» de acta del acto de la destrucción, y así figura en el «Manual» cit. (8, p. 227), como certificación de tal acto:

Al frente, figura un cajetín: en él,

«Entidad Depositaria», con el NIF; y «Domicilio».

«Representada por...

(16) Evito, en lo posible, y sin incorrecciones, no llamarlos «legisladores»; las Circulares, no son leyes. Aunque en la actualidad, una peligrosísima corriente legislativa, lleve a sustituir «la ley» por «la norma». Véase la «Exposición de Motivos» de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, núm. 3 y la mutilación del recurso de casación, tanto en lo civil, como en la recién nacida administrativa.

He expresado mi alarma ante la tendencia, injustificada en lógica de democracia moderna, a retornar a la casación francesa de 1790, la de MAXIMILIANO ROBESPIERRE con Francia en estado de necesidad, en mi trabajo cit. en la nota núm. 15, *supra*.

D..... NIF; D..... NIF (son dos representantes):
 «Con poderes suficientes para expedir este documentos».
 «Certifica»
 «Que de conformidad con las instrucciones recibidas de..... procede a destiuir los valores que se mercionan:
 «Clase de Valor/Emisión....
 «Número de Títulos..... Nominal.....
 «Numeración....
 «Y para que así conste, a los efectos oportunos, se firma el presente certificado en..... a.... de..... de..... Fdo.....
 Fdo.....

Nótese que firman dos «fedatarios».

La LMV, ha acabado con los fedatarios mercantiles y los ha sustituido por unos «mediadores» «en un régimen de libertad de comisiones —tómese buena nota— que tiene por fin garantizar, ante todo, que la totalidad de las operaciones se integre en el mercado, así como la adecuada supervisión del sistema y la información fiscal necesaria» («Exp. de Motivos» LMV, 6). No sé si se trata aquí de algunos de tales «mediadores» —no hay en qué mediar—; si sé que «certifican», que dan fé de la destrucción de bienes ajenos sin contar con la voluntad de sus legítimos propietarios. La ilimitación de esta arbitrariedad bárbara en sí, es completa; ni siquiera sabemos quién da fe de estas operaciones... más que, que representan a una «Entidad Depositaria» —banco caja, etc.—, que ya ha dejado de serlo, en cuanto que, contrariamente a todas las bases del contrato de depósito, están destruyendo el objeto que se le confió... por su propio interés y frente al de los propietarios.

La preocupación del legislador por «el mercado» y por que ese mismo sea una fuente de ingresos fiscales —preocupación que en España, actualmente, prima sobre las demás por parte de las máquinas estatales— hace que, en menoscabo de las garantías del mismo comercio, desaparezca la fe pública comercial. Nada menos que eso.

Pero, aparte de este comentario, el que se impone es el de repulsa hacia estas destrucciones.

No se cuenta para nada —no me cansaré de repetirlo— con la voluntad de los legítimos propietarios de los títulos-valores cuasi-obligatoriamente depositados —so pena de «anulación» art. 4.º RD 116/92—; se opera, se autoriza *ope legis* una autodefensa bancaria inadmisibile; nada hay en el interés general ni en la pública utilidad que imponga la destrucción física de los títulos-valores (de parte de ellos; el título está ya representado por otros papelitos, fruta de ordenador, papeles de pésima calidad); tan sólo actúa la utilidad de una persona privada —del banco o caja, de la entidad depositaria, de su economía: de la de sus miembros, accionistas etc.—. Repito lo que la Exposición de Motivos —o preámbulo— del Decr. 1128/74, de 25 de abril —uno de los

pioneros en la materia en España sobre el sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y depósito de Valores Mobiliarios decía:

«...para facilitar la contratación bursátil, el sistema que se establece intenta salvar las dificultades con que tropieza actualmente el tráfico jurídico que tiene que... manipular físicamente una ingente masa de papel»... «Las ventajas de las fórmulas adoptadas resultan evidentes al permitir el tratamiento de los títulos dentro del sistema como fungibles o sustituibles, eliminando la necesidad de sus específica numeración... y reduciendo de manera considerable su movimiento físico». Este es el *deus ex machina*.

Pero la importancia enorme del tráfico bursátil, es compatible con la propiedad de los títulos. El título-cartulina (permítaseme la expresión, la que diputo más aproximada a este problema) puede ser incómodo; pero no es intrínsecamente nocivo.

La destrucción, es un fenómeno al que el Hombre —el *Homo sapiens sapiens*— solamente debe llegar cuando se halle frente «algo» nocivo para él y su sociedad, en tal situación que no sea posible evitar sus malos efectos más que mediante su eliminación física. Si es posible otro medio, debe adoptarse. Y estimo que el «título-cartulina» no es tan «nocivo» como para que su «incompatibilidad absoluta» con el tráfico o sus tenedores, deba llevar a su destrucción física (previa sus sustitución bancaria).

El «título-cartulina» impreso, puede tener valor histórico y sociológico; es un momento —o incluso una época— de nuestra historia. Con ello no predico que emisiones de millones de cartulinas deban ser conservados so pretextos historicistas —o artísticos, o decorativos o del buen escoger de coleccionistas—; mas sí que antes de procederse a esa bárbara destrucción, (naturalmente, después de que el legítimo propietario se niegue a hacerse cargo de ellos) se ponga en conocimiento de las entidades culturales del país —Academias de la Historia etc; Universidades etc.— por ver si les interesa el conservar algunos ejemplares. El problema puede incluso disminuir sensiblemente, si se combina con un buen comercio de venta de esos objetos artísticos. *Hic sunt leones*.

Nada de esto debió ocurrir a las mentes de los AA. de la «destrucción» de los títulos ya anulados. *No se enteraron* de ese otro valor (el que yo llamo «civil» en oposición al «mercantil», ya encarnado en otros míseros papelillos) y adoptan la solución que lesiona el patrimonio histórico de España. Y el artístico (17). Mi parecer es el de que, en

(17) Yo mismo, poseo, procedente de mi familia, modestísimas colecciones de acciones y de letras de cambio del Siglo XVIII, de calidad artística y decorativa espléndida.

primer lugar, los restos —los «títulos-cartulina»— de los antiguos títulos-valores, deben ser devueltos a sus propietarios, *que los tenían bajo depósito* (la normación vigente no ha hecho sino destruir ese contrato sin sustituirlo por ello: sólo rige esa «destrucción» (ahora no estudio su alternativa; cfr. *infra*). Si ese propietario se niega a aceptar sus cartulinas, éstas quedan abandonadas, derrelictas. Ya puede intervenir la mayor utilidad de la destrucción, siempre y cuando la entidad que posee de hecho tales objetos muebles, no les halle otro destino útil (recordemos que no querrá almacenarlos de nuevo; fueron las incomodidades y antieconomía del mismo y sus vicisitudes lo que dio lugar a la transformación). Y solo cuando aparezca la inutilidad total de tales objetos y con ella asome su nocividad, es cuando podrá acudirse a su eliminación, a su destrucción física.

Pero reputo inadmisibles la «destrucción» autodefensiva —que culmina en un abuso de poder, en sentido amplio— de la entidad que se autotutela —amparada por la normativa correspondiente—; destrucción clandestina para los propietarios de tales bienes, que quedan perjudicados en su valor; el cual, ha sido desconocido por los AA. de estas normativas españolas, hasta admitir ese sacrificio. El cual repercute sobre el patrimonio histórico y artístico de España, más o menos.

La destrucción, es un arma inhumana, retrógrada, propia de incivilizados; sólo con constancia clara de su necesidad puede acudirse a ella. El admitirla como regla, me parece, pues, retrógrado, reaccionario. Se vuelve mucho más allá de la Edad Media. Y como tal, debe desaparecer, subsistiendo solamente como *ultima ratio legis*, pero nunca como la primera, a la menor incomodidad.

3.— Pero en el campo del expoliar a los propietarios de los títulos-valores (ya devenidos «anotaciones en cuenta bancaria» como «valores», pero subsistentes como bienes muebles —cartulinas impresas—) los A. del RD 116/ 1992 de 14 de febrero, no se quedaron cortos. El otro medio u opción que se da a la entidad depositaria de los antiguos títulos (quien es, ya ha quedado claro en los «modelos» de documentos para la «destrucción», cfr. *supra*), es el de la «no destrucción» de tales objetos, sino el de su conservación con una «anulación visible».

Reitero la normativa ilegal.

El art. 4.º,6 del citado RD dice a este respecto, a esta opción:

«En todo caso, en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados».

Este texto se reitera en la Disp. Transit. Primera, 6, del RD.

La anulación, ya había sobrevenido. Aquí, entiendo que se trata de hacerla constar gráficamente sobre los ex-títulos, sobre los títulos-cartulina o «títulos físicos» como también los llaman las Circulares del CSB.

La clave de esta precaución, se nos explica en la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, a.f. Lo repito.

«Se recomienda a los hancos... debiendo evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancia de haber quedado anulados».

«Existencia»: el RD contempla la posibilidad de que las cartulinas ex-títulos, de conserven.

«Posible utilización indebida». Estimo que se trataría de una suposición de títulos-valores de nuevo; de intentar una duplicación de tales títulos, cosa inadmisibile.

Pero retóricamente, aparece frente a ella la «posible utilización debida» de las cartulinas impresas.

Naturalmente, la entidad depositaria, que es aquella a quien molestaba el almacenar y administrar las cartulinas, cuanto «eran» «valor» mercantil, ahora, no deseará volver a custodiarlas.

La solución jurídica, es la de avisar al titular de los viejos títulos-valores, de que han sido anulados (transformados en las «anotaciones en cuanta»); de que en tales condiciones, no interesa que subsista el contrato de depósito; y que el ex-depositario, se propone... enajenar esas cartulinas, a no ser que el titular las recoja. Y solamente cuando éste se niegue a recuperar sus cartulinas, es cuando el antiguo depositario podría considerarse investido del derecho de propiedad de las mismas, y en su virtud estará en situación jurídica de disponer de los bienes, a título gratuito o lucrativo.

Y este caso, se está dando ya hace tiempo. Algunas entidades que poseían *de facto* los títulos físicos, anulados —las depositarias—, optan por su «no destrucción» y después, pueden zafarse, contribuyendo directa o indirectamente, con intervención de terceros, a que tales «papeles» acaben vendiéndose como objetos de decoración, en un saneado comercio.

Pero se pasa por encima de los derechos dominicales del titular de los títulos físicos, de los anulados.

El RD 116/92, de 14 de febrero, no prevé que se le avise de esta situación de sus títulos físicos; menos aún, se ponen a su disposición, como procedería, ya que es su propietario. El RD «se calla». Nos dice que la anulación debe constar «visiblemente» en los títulos físicos, y nada más.

Todo el cuidado que la Circular 122/93, de 3 de diciembre, ha puesto en torno a la destrucción de los títulos, es silencio cuando se trata de la otra solución de la de «su anulación visible». Sólo sabemos que debe ser bien visible para evitar duplicidades titulares.

Pero, nótese que no hay obstáculo *legal* a que, quien no tiene derechos dominicales sobre las cartulinas impresas que restan —derechos

civiles— sin embargo,.... pueda enajenarlos, sin que sus titulares lo sepan.

Me consta que hay algunas entidades depositarias (no puedo responder de que sean todas, pero sí de entre las más importantes de España) que no avisan a los titulares de los valores «depositados en sus cajas» de su «anulación visible» instándole a que dé por terminado el depósito, ya que tales objetos son una molestia para ellas; que cuando algún titular pide explicaciones, se procura evitarlas y solamente se le suministran... y muy escuetas si amenaza con llevar el asunto a Junta General. Tengo pruebas de ello. Y los títulos... están destruidos, o no se sabe donde...

Lo que se ha producido en estas hipótesis, es: A), un fenómeno de autodefensa de los intereses de la entidad depositaria (la «adherida» la «encargada» tan confusamente en el RD 116/92), autorizada *ope legis*; B) como secuencia intolerable, una expoliación de los bienes muebles que restan tras la transformación del título-valor en anotación en cuenta, esto es, de las cartulinas impresas, con su correspondiente valor o valores de bienes muebles de mercado.

De nuevo resulta, que no aparece por ninguna parte, una utilidad pública ni un interés general en esa disposición de bienes ajenos por parte de otras entidades, ni interés general; no hay pagos; no hay en suma, expropiación forzosa, constitucionalmente admitida. Pero sí, en tales hipótesis de enajenación de tales cartulinas —sea como «papel impreso», sea como «objetos de colección, de decoración de arte, históricos»— los enajenantes no-propietarios, experimentan un enriquecimiento injusto clarísimo—.

Pero nuestra legislación —y también las temibles Circulares del CSB— ignoran estas hipótesis y este comercio de cartulinas impresas.

Naturalmente, la compraventa de objetos —bienes— «usados», «viejos», «Antiguos» está sujeta a formalidades; pero la de los que aquí tratamos no las tiene específicas, dado el antecedente directo de los mismos —el haber sido «títulos-valores», como claramente se percibe en su materia—; con el cajetín o sello de «anulación, visible» (art. 4.º, 6 RD 116/92, de 14 de febr.). Precauciones a hacer constar en esta normativa.

Tan sólo veo el último párrafo de la Circular 122/93, de 3 de diciembre, sobre la elemental precaución del «anulado» y la necesidad de tener «diligencia y agilidad» en el proceso de (destrucción) de los títulos físicos para evitar los riesgos de duplicidad con los que sean simplemente «anulados».

Y conviene indicar que esa anulación, se había producido mucho antes —aunque este momento se halle confuso en el RD *cit.*— Tuvo lugar a partir de «los anuncios de anulación» publicados por las sociedades emisoras, art. 4.º, y publicado (como plazo) en el BORM y en un diario provincial.

4.— Para esclarecer aun más el fenómeno:

El Estado, al imponer el paso irreversible —transformación, descorporeización, desincorporación (neologismos a cual menos eufónico)— de los viejos títulos-valores a «anotaciones en cuenta», bancarias, en su normativa, hace prácticamente inviable que los titulares de tales títulos los conserven fuera de las entidades depositarias —que son las llamadas en el RD de 1992, «entidades adheridas, encargadas del Registro Contable, etc.»— que son, los bancos, cajas de ahorro, etc. (art. 78).

Efectivamente, se impone «su presentación» una vez que la sociedad emisora acordó la transformación (e intrínsecamente, la declaración de nulidad de tales títulos para evitar duplicidades de capital); se impone «su presentación» so pena de que queden anulados» (art. 4.º RD *cit.*).

En ese *iter* hacia su desaparición como títulos, su materialidad se halla bajo la égida de entidades administrativas complejas —el Servicio de Compensación y Liquidación da Valores, art. 63 ss. RD *cit.*; sus «Entidades adheridas» (art. 78 ss.) y «encargadas del registro contable»; art. 4.º ss. RD *cit.*—; hay unas actividades objeto de publicidad en el periódico oficial del comercio —el BORM— y prensa diaria.

Pero a los titulares de los títulos-valores, *que están perfectamente identificados aunque sean muchos*, se les trata con la indolencia con que se hace con las «masas de intereses difusos». Las entidades depositarias —a ésto se reducen tantas denominaciones, *cfr.* la Circular 122/93 del CSB— pese a que continúan, en su correspondencia ordinaria con los depositantes de los antiguos títulos, hablándoles de su «cuenta de depósito», de su «contrato de valores» etc., no les notifican de lo inmediato de la «destrucción» de los mismos o del punto muerto que la sustituye: el de la aposición de (¿un sello o cajetín?) «visible», de «anulación». Y después... lo demás, (*et coetera*). No se sabe, la norma se calla. De lo que se puede inducir que la entidad que tiene físicamente esos antiguos títulos (los «títulos físicos» de la Circular 122/93) y que puede destruirlos, los conserva y los puede enajenar, en perjuicio del antiguo depositario, que ni siquiera se ha enterado de la suerte de sus bellas cartulinas. Repito: la normativa de Derecho Financiero, ignora el *valor civil* que conservan los antiguos títulos-valores, una vez despojados de su «valor-mercantil». Y prescinde del propietario de tal valor civil.

5.— Este fenómeno, es el de una autodefensa (18), ya que llega a admitir que personajes privados, efectúen actos de violencia contra bienes ajenos —o actos de *clam* o de *precario*— sin acudir al necesario

(18) Sobre la autodefensa como medio originario de resolver conflictos de derechos o de intereses, *cfr.*, en general, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Proceso, autocomposición y autodefensa», UNAM, Mexico, 3.ª reimpr. de la ed. de 1947, esp. p. 35 ss. y 164 y ss. y bibl. allí *cit.*, y mi trabajo «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso ("La defensa")», en mi libro *La Reforma Procesal Penal*, (T. III) de mis «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», Madrid. EDESA. 1992, p. 35 y ss., *passim*.

proceso jurisdiccional (o administrativo). Y aquí no hay el menor asomo de Jurisdicción Voluntaria ni de intervención *qualunque* de los jueces y tribunales...

Es el proceso de masificación, de intensificación de las operaciones del tráfico mercantil —los mismos que en su momento dieron lugar, en escala más pequeña, a la aparición histórica de los títulos-valores—: el que se den innumerables conflictos entre entidades emisoras, titulares de títulos-valores y el tráfico, por «el cambio de manos» de los mismos. Y el beneficio de tal tráfico humano, hace que ciertos Estados, dejen aparecer a la maligna autodefensa: que exagerando las potestades estatales de normativizar, se autorice a las entidades depositarias de los título —valores, en convivencia con las emisoras de los mismos, y con vistas a su simplificación (la conversión de hermosas cartulinas impresas en míseros papelillos—, frutos de ordenador mal escritos), aunque lleguen a destruirlos. Si esa destrucción —o sus subrogados— es un exceso, no menor es el de delegarla en entidades originalmente de Derecho Privado —en las depositarias, Circular 122/93 de 3 de dic., que son las que «destruyen» o aponen el visible sello o muestra de «anulación»—; en lugar de poner tales antiguos títulos a disposición del propietario de sus restos, que tiene el que denomino «valor civil», y en venta como objetos de arte, decoración, históricos, de colección, etc.

El hecho de acudir a la fuerza —destrucción— o al cuasi *clam* —la aposición del sello de «anulación»— nos muestra que se trata de una autodefensa de los intereses de los bancos y cajas etc., por su economía, por su comodidad (aunque ésta sea la del tráfico, naturalmente).

Y si se discute el valor autodefensivo de esa aposición de la declaración de «anulados» en los antiguos títulos, véase que tiene el efecto de expoliar a sus propietarios: el RD 116/92 de 14 de febr., al callar sobre su futuro, deja las manos libres a esos ex-depositarios para disponer «de lo que no es suyo» sin atribuirles responsabilidad expresa...

Así se desprecia el derecho de propiedad; y aun se perjudica el patrimonio artístico e histórico nacional, por una inmeditada «destrucción» de valores mercantiles. Si así hubieran procedido nuestros antepasados, no habría fuentes históricas que permitieran observar su conducta. Ni tendríamos siquiera huellas del Renacimiento...

Esa autodefensa, lo es, por parte de las entidades depositarias, en beneficio propio: la «Exposición de Motivos» del Decreto 1128/74, de 2 de abril, de establecimiento del sistema, indica sus objetivos:

«...salvar las dificultades con que tropieza actualmente el tráfico jurídico, que tiene que desenvolverse con la numera-

Cfr. también, DAGNINO, «Contributo allo studio dell'autotutela privata» Milán, Giuffrè, 1983, p. 83 ss.; BONGIORNO, «L'autodifesa esecutiva» Milán, Giuffrè, 1984, p. 29 ss.; BETTI, «Autotutela: a) Diritto Privato», en «Enciclopedia del Diritto», Giuffrè, Milán, T. IV, p. 529 ss.

ción específica de los títulos en la documentación de operaciones y *manipular físicamente una ingente masa de papel*... «Las ventajas de las fórmulas adoptadas resultan evidentes al permitir el tratamiento de los títulos... como fungibles o sustituibles... reduciendo de manera considerable su movimiento físico».

—Esa «fungibilidad» anunciaba la conversión de los títulos en anotaciones bancarias—.

Ello, en cuanto al camino de la destrucción de los títulos «físicos»; en cuanto a su marca como «anulados» «visiblemente» también puede comprenderse dentro de la autodefensa, por operar también esa violencia —aunque menos salvaje que la de la destrucción— al transformar ese «título-valor-cartulina» —en «cartulina» simplemente—, por obra de una entidad privada, en sí desprovista de *imperium*.

En sus orígenes, pudo tratarse de una autodefensa consensual (19), ya que el titular de acciones etc., toleró que el depositario de los mismos lo sustituyese por otro soporte sin elegir el camino de levantar el depósito y marcharse a otro banco; pero al extenderse a todos y ser oficializado dejó de ser consensual; no se podía ni se puede escapar a esa transformación —de la cual el accionista particular, no siente la menor necesidad: antes bien, le place ser propietario de objetos artísticos (20)— esa autodefensa dejó de ser consensual. No admito aquí las secuencias del pelgrosísimo brocardo «*volui, sed coactus volui*».

Autodefensa activa (21) de tales entidades, *ope legis*, irreversible; autodefensa ejecutiva (22), hasta el punto de poder destruir el bien objeto de la misma; pero autodefensa constitutiva (23) de estados de «nulidad», a quienes resultaren perjudicados» (art. 27, 1, a.f.).

(19) *Cfr. ob. cit.* en nota anterior.

(20) «Artísticos». El «Manual» citado, trae «modelos» de títulos (B-1, «Título valor»). Muy minuciosos —no faltaba más— en cuanto a su tamaño y datos de su contenido, no dejan a la autonomía de la voluntad de la emisora más que «los caracteres y el color de las tintas» que «serán de libre autorización».

No queda otro camino que rendirse a esa auto-defensa autorizada, que se impone a los clientes.

Y esos «modelos», lo son de aridez —incluso mental—; no dejan ningún resquicio a la fantasía, al arte.

La fealdad impera en ellos. Naturalmente, los comparo con otros que me son conocidos y de fechas no demasiado remotas... De cuando se entendía que el buen gusto no estaba reñido con la economía.

No será de extrañar, a la vista de tales adefesios, que... su comercio, en el caso de títulos anulados *de futuro*, se reduzca a la nada; a no ser que el gusto de los compradores también degenerare...

(21) *Cfr. obras cit.* en nota núm. 18.

(22) *Cfr. BONGIORNO, ob. cit.*, *passim*; *BENVENUTI*, «Autotutela b) Diritto Amministrativo» en «Enciclopedia del Diritto» T. IV, p. 543 ss.

(23) *Cfr. BENVENUTI, ob. cit.*, p. 541 ss.

«2. Sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, por la falta de la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia del sistema, responderá en todo caso de los perjuicios que le sean directamente imputables» (art. 27, 2).

Pero... ¿Como se ván a imputar a esa entidad perjuicios que no comete (actos perjudiciales) más que en el cumplimiento exacto de su normativa?

El tono de la disposición, es el de exculpar al Servicio, echando las culpas a las «entidades adheridas etc.»: véase este texto:

«El Servicio de Compensación y Liquidación de Valores facilitará a los perjudicados la información de que disponga en relación con las actuaciones de las entidades adheridas que hayan originado los posibles perjuicios» (art. 27, 4).

Pero nada se dice de los casos en que sea, no solamente imputado sino inculcado (24) el tal Servicio...

Y sigue una norma aún más sorprendente:

«Cuando el perjuicio consista en la privación de determinados valores y ello sea razonablemente posible, la Entidad responsable procederá a adquirir valores de las mismas características para su entrega al perjudicado» (art. 27, 4).

Este va a ser el caso más frecuente: el de antiguos titulares que no se conforman con la destrucción de sus antiguos títulos-valores —solución que parece ser la preferida, sobre la de la «anulación visible» (25)—; y la solución posible según esta norma, parecería inspirada, por lo menos, en un *dolus bonus*, en deseo de reírse del atribulado accionista etc. cuyo bien fue destruido en su *más completa indefensión*.

(24) En esta ordenación, se hallan excesos intervencionistas propios de un Estado autoritario y totalitario; una característica de esta tendencia, lo es la de tomar administrativos los terrenos más clásicos de lo privado; pero no jurisdiccionalizarlos, ya que ello supondría el someter los conflictos para su resolución a personas independientes. Y eso es lo que no se quiere, recurriéndose a medias verdades y a abundantes eufugios.

Las disminuciones —las mutilaciones, hablando claramente— de la protección jurisdiccional de algunos Derechos Fundamentales por obra de las Leyes de Protección de la Seguridad Ciudadana (de 21 de febrero de 1992, en parte declarada nula por el TC Sentencia del 18/11/1993) y por la de Medidas Urgentes de la reforma procesal de 30/4/92, constituyendo claras restricciones del anterior *ius litigatorie*... lo son en favor de un *ius constitutionis* administrativo y no jurisdiccional.

Cfr. mi trabajo *cit.*, «Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica etc.» *cit.*, esp. p. 535 y ss, y 556 y ss. y mi «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993 (Sobre la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992)», en «Comentarios a la Legislación Penal: La Ley de Protección de la seguridad Ciudadana», Tomo XVI (Madrid, EDESA, 1994, Vol. 1.º, p. 233 y ss.; Vol. 2.º, p. 995 y ss.) a cura de COBO DEL ROSAL y de BAJO FERNÁNDEZ.

(25) La diferencia entre ambas expresiones, es fundamental. El no distinguir las bien, ha dado, dá y dara lugar a dificultades y conflictos no dignos de juristas discretos. Cfr. mis trabajos «¿Hacia la desaparición definitiva del auto de procesamiento?» en «Revista de Derecho Procesal» 1993, 2, p. 255 y ss.; y su segunda parte, «Norma constitucional, inculpación, procesamiento, suplicatorios (La Constitución como norma procesal penal)», en «Cuadernos de Política Criminal» 1994, n.º 52, p. 42 y ss., esp. p. 19 y ss.

En efecto: nos hallamos en plena operación —irreversible, art. 3.º RD 116/92, de 14 de febr.— de la transformación de los viejos títulos-valores en anotaciones en cuenta; esos viejos títulos, preferentemente son destruídos; pero ahora, en vista de la protesta del titular desposeído, se le devuelven otros iguales... expuestos de nuevo a la imposición de «ser presentados» so pena de ser anulados, y en su caso, ser a su vez destruídos...

Como esta interpretación es demasido absurda, pienso, sin embargo, que la Entidad culpable de una destrucción indebida de los títulos físicos, debe entregar «otros también anulados visiblemente» al protestatario. Y esto, indica que... hay títulos no destruídos —los «visiblemente anulados»— y que éstos... *se pueden adquirir*; que se puede comerciar con ellos.

Esto constituye un claro reconocimiento de ese comercio con los antiguos «títulos físicos» «anulados». Y ese comercio podría ser, directa o indirectamente lucrativo para las entidades destructoras. *Hic latet lepus*.

Llegados a esta importante conclusión, volvamos al *iter* de la exacción de las responsabilidades a las entidades «responsables».

Me parece que, tratándose en el fondo de un tráfico mercantil, corresponde a la jurisdicción civil conocer de tales pretensiones. Y el medio procesal más calificado, sería el del viejo interdicto *unde vi, de clam o de precario* (o de recuperar la posesión de los títulos). Y si la fecha de la destrucción no constase —las entidades suelen ocultarla incluso a los titulares preguntones— se debería ir a un juicio plenario de propiedad invocando, en el fondo, el art. 33,3 de la Constitución como violado (a falta aún del procedimiento «preferente y sumario» del art. 53,2) o bien al de la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de 27/12/1978) (26).

Y después, en su caso, a un juicio ante el Tribunal Constitucional.

Me parece que el RD 116/1992, de 14 de febrero, no fue sujeto a recursos de inconstitucionalidad por esa privación abrupta de los títulos-valores

Una gran cantidad de la verborrea esparcida con motivo de la Prevista inculpación de un ex-Senador y de un ex-Diputado, tiene su base en el desconocimiento de: ambas nociones.

(26) El «Proyecto de Circular de la CNMV sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes» (Proyecto de Circular CNMV) que, en no pequeña parte, está reproducido en la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, tantas veces citada, comprende el siguiente párrafo:

«En la circular se recomienda a las entidades que desarrollen este proceso con diligencia y rapidez, a fin de evitar los riesgos de una posible utilización indebida de los títulos físicos. Todo esto se halla en la ref. Circular, interpolo yo aquí. «Por otro lado, si los títulos se conservan, una vez anunciada su anulación por las sociedades, sería necesario proceder a su inutilización de forma visible, *lo que no parece aconsejable*».

en cuanto a su valor *civil*; pero si no se formuló recurso alguno directo, siempre cabe el incidental, el de la «cuestión de inconstitucionalidad» del art. 35 y ss. de la LOTC con motivo del proceso que se inste contra la ref. entidad (27) —a la cual se deberá añadir, *ad omnium eventum*—, y vista la complejidad de las relaciones de las mismas con el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, sobre todo, en el álgido artículo 27 del RD 116/92, el dirigir la pretensión igualmente contra éste.

Y en el último fondo —por ahora— está la carretera de Alsacia...

Esta parece que debería ser la vía de acciones y pretensiones contra esas privaciones del valor civil de los antiguos títulos-valores ya transformados y destrovistos de su «valor como tales, el mercantil».

Pero el art. 27 del RD 116/92 de 14 de febr. dice —y ello es lo más importante para las personas que no somos «totalitistas-administrativistas»—, que «lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades, *administrativas o de otro orden*, que puedan concurrir».

Insinúase claramente la preferencia de exigir una responsabilidad... por vía administrativa. Y así sería de mediar resoluciones o acuerdos del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —pese a su planta de sociedad anónima, art. 54 LMV—.

Y la consecuencia procesal sería la de haber de acudir a la vía contencioso-administrativa, con las correspondiente regalías de la entidad pública, su actual duración, y a su final... un recurso de casación, con «finalidad básica en la protección de la norma» («Exposición de Motivos» de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992) (28). Mal remedio para el *ius litigatoris*, mientras prospera el comercio de títulos «anulados». El Arte, la Decoración, la Belleza, en fin, y en el fondo, la Historia podrían estar de enhorabuena (29). Pena es que no lo esté, en muchas ocasiones, el sujeto pasivo de la destrucción o «anulación visible» sus títulos-valores.

(27) Publiqué, de los primeros, un artículo monográfico sobre ese procedimiento «preferente y sumario» del art. 53-2 de la Constitución que aún espera su creación por obra de Parlamentos negligentes.

Cfr. mi trabajo «El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el artículo 532 de la Constitución» en «Revista de Administración Pública», Madrid, núm. 99 mayo-agosto de 1979, p. 207 y ss.

(28) Cfr. mi monografía —en prensa— «Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (variaciones en torno a la Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto Ruiz Mateos v. España)», y esp. sobre los defectos de la LOTC en este punto. (Se ha publicado en junio de 1996 por la Editorial Comares, de Granada).

(29) Cfr. mi trabajo *cit.*, sobre el «nuevo» recurso de casación, retrógrado hacia 1790 en París.

La destrucción de lo que no es nocivo y se puede evitar, es mal remedio; retrógrado. Y las normas que la admiten sin destilar los motivos y las ocasiones, evitándolas al *máximum*, reaccionarias; dignas de un capitalismo salvaje poco compatible con el que se llama Estado social de Derecho.

Y la destrucción de bienes ajenos, podría incluso calificarse penalmente (30). (**)

(30) Espero remita y desaparezca el tipo de entidad falaz, que no dice la verdad a sus clientes en tanto se están destruyendo sus títulos y que aún le intenta ocultar información sobre ello. Y cuando la da, lo hace «con cuentagotas». No sé si es o no un carácter de la actuación de quien tiene algo que ocultar...

Las últimas convulsiones de la crónica financiera española, dan a entender que «Algo se está pudriendo (en Dinamarca) en España...»

Y no solamente en ese campo.

Recuerdo los tiempos de ANTONIO PÉREZ...

(**) Trabajo elaborado en 1993.

NOTA ULTERIOR

(Añadida al corregir pruebas, en septiembre de 1996).

La aparición de la Informática, de manera tan agresiva, y la del llamado *Habeas data*, podría haber abierto un camino limpiamente jurisdiccional para la defensa de todos los damnificados por el abuso de tal informativa. Pero el Estado español, se ha apresurado a dar a esa «defensa» carácter administrativo y estimo que con matices gravemente políticos, lo cual amenaza con tormentas.

Cfr. mi trabajo «El *habeas data* y su protección procesal actual y sugerida en la Ley española de Informática de 29 de octubre de 1992 (Firma de Derecho, Interdictos, *Habeas corpus*)». Conferencia pronunciada en las Facultades de Derecho (Bogotá, Medellín, Neiva) de la Universidad Cooperativa de Colombia, en este mes de septiembre de 1996).

La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)

GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ

I. INTRODUCCION

Hace algún tiempo se dictó una decisión jurisprudencial que no deja de tener interés para todo aquél que haya mantenido hasta el día de hoy una visión mínimamente clara de la responsabilidad civil. Se trata de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de **11 de marzo de 1995** (n.º 198) en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) contra la resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sentencia de 5 de diciembre de 1990), que condenaba a esta entidad al pago de 10.000.000 de pesetas a los recurridos en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su hija, debido al deficiente funcionamiento de los servicios prestados por el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza, dependiente del INSALUD.

Hasta aquí ningún dato puede extrañar: se condena a una entidad sanitaria al abono de una indemnización por el fallecimiento de una paciente, causado por el deficiente o anormal funcionamiento de sus servicios. Ahora bien, lo que sí puede causar cierta extrañeza es el hecho de que dicho fallecimiento tuviera como causa directa el suicidio de la paciente internada y no la actuación del complejo sanitario al que, sin embargo, se le imputa el resultado producido. Con esta decisión se pone en entredicho (quizá una vez más) lo que, hasta ahora, entre otras cosas, se entendía por relación de causalidad e imputación objetiva, porque, por más que hubiera falta de diligencia del personal facultativo

(condición del resultado lesivo), el suicidio, en principio, es un acto voluntario del suicida. Además hay que enfrentarse con un nuevo concepto de daño resarcible, ya que difícilmente no tratándose de un hecho ilícito penalmente punible (cooperación, auxilio o inducción al suicidio o imprudencia temeraria con resultado de muerte) (1) es difícil calificar los daños materiales y también lo es dar un contenido específico a los daños morales (2), sobre todo si se admite la eficacia de las llamadas *causas hipotéticas* del daño (3).

(1) *Vid.*, JUANATEY, *Derecho, suicidio y eutanasia*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, donde se realiza un detallado estudio sobre el suicidio y los tipos penales de inducción, cooperación y auxilio al suicidio, que comienza con un profundo análisis histórico del suicidio en los pueblos primitivos, su tratamiento jurídico en los ordenamientos extranjeros y una visión completa de los problemas que su configuración jurídica plantea en la actualidad.

(2) A este respecto DE ANGEL, «*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*», ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 55, explica con gran claridad el modo en el que en la práctica los Tribunales llegan a una indemnización equitativa y no integral del daño. Los criterios más utilizados, en combinación entre sí, suelen ser: 1.º) El grado de gravedad de la culpa, 2.º) El provecho obtenido por el causante del daño, 3.º) La capacidad económica del responsable del daño, 4.º) Los daños punitivos y 5.º) El nivel de vida o de rentas de la víctima. A mi juicio en estos casos de suicidio voluntario (todo el no inducido, cooperado o auxiliado) es importante hacer un examen del daño realmente sufrido por el perjudicado que lo invoca. Me explico: La función de la responsabilidad civil es, en la medida en que ello sea posible, reparar el daño causado. Dejando a un lado el problema de la relación de causalidad, habrá de observarse en estos casos que, el daño material por regla general no existe (salvo, quizá, los gastos médicos y funerarios) y que el daño moral es francamente difícil de cuantificar, puesto que se trata de personas con previos intentos suicidas, en tratamiento psiquiátrico, etc.

(3) *Vid.*, PANTALEÓN PRIETO, «*Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*», Tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, especialmente los capítulos II, III y IV, pp. 22 y ss., que propone a la hora de llevar a cabo el cálculo del daño, al menos preguntarse sobre la eficacia de las llamadas «causas hipotéticas» del daño. «¿Hay o no y en qué medida responsabilidad por daños en aquellos casos en que de no haberse producido el concreto evento dañoso, imputable al demandado a través de la serie causal efectiva, el daño que tal evento ha supuesto, se habría producido igualmente, en todo o en parte, por efecto de un proceso causal distinto al que la serie causal efectiva ha impedido desenvolver su eficacia lesiva? Por ejemplo: A sustrae ilícitamente el coche de B del garaje donde se encuentra. En un accidente fortuito, lo destroza contra un árbol. Sin embargo, unas horas antes del accidente, el garaje, donde con toda seguridad habría seguido estando el coche de B de no haberlo sustraído A, se destruye completamente por un incendio. Es evidente, —explica PANTALEÓN—, que existe efectivamente nexo causal entre la conducta de A y el evento dañoso sufrido por B, pues es claro que no es el mismo concreto evento dañoso la destrucción del coche por chocar contra un árbol y el producido por incendio del garaje en el que se habría encontrado. Pero, ¿existe daño?, ¿cómo debe realizarse el cálculo? La cuestión de la relevancia o no de las causas hipotéticas del daño depende del concepto de daño que se adopte. Quien mantenga una concepción acorde con la teoría de la diferencia deberá admitir lógicamente la relevancia de estas causas hipotéticas a efecto de la inexistencia o reducción del daño resarcible. Quien adopte la concepción real-concreta del daño, estimará que no pueden tener relevancia, porque ni la existencia de una causa de reserva, como suceso puramente hipotético, puede impedir la «entrada en el mundo» del daño entendido como fenómeno real-concreto, ni puede «ser sacado del mundo», por un suceso meramente hipotético.»

Por otro lado, desde el punto de vista práctico hay que pensar en los costes económicos que se pueden hacer derivar de esta nueva línea doctrinal si se convierte, como es altamente probable, en jurisprudencia asentada de nuestro Tribunal Supremo (4). Si se continúa ensanchando la noción de culpa y aplicando sin limitación la teoría de la objetivación del riesgo, no existirá modo alguno de internar a los pacientes con enfermedades mentales en hospital alguno, ni empresa aseguradora que asuma los riesgos derivados de estas actividades sanitarias, ni empresarios que empleen a personas con mínimos antecedentes de autolesiones, ni establecimientos penitenciarios que puedan soportar la carga de acoger a internos depresivos con atisbos de autolesión (5), ni familias ni amigos que deseen compartir su casa con enfermos de este tipo (6), aunque por otro lado se puede zanjar definitivamente el problema de la objeción de conciencia y del servicio militar obligatorio, puesto que el Estado no podrá asumir en modo alguno el riesgo de los posibles suicidios de los soldados llamados a filas y, en definitiva, cualquier persona que en un momento determinado de su vida pase

Esto lleva a pensar en nuestro caso, en el hecho de que la paciente había sido ingresada por intento (reiterado) de suicidio (causa hipotética de daño anterior al proceso causal efectivo) y que (quizá) se hubiera desencadenado posteriormente otro fatal (causa hipotética posterior). No dudamos de que la omisión del deber de vigilancia fuera condición del evento dañoso, pero sí debemos hacerlo de que el resultado deba serle imputado al Insalud y del cálculo del daño que debería realizarse.

(4) Como acertadamente pone de manifiesto PANTALEÓN PRIETO, *vid.*, *Comentario al art. 1902*, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, p. 1971, la función de la responsabilidad civil no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria y no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y a la reprochabilidad del responsable, sino a la entidad del daño y esta característica es igualmente predicable cuando los daños causados son de los llamados no patrimoniales. A éstos sí puede atribuírsele una función de satisfacción para el dañado por lo que el dañante le ha hecho, así como aceptar que dicha indemnización sea relativamente mayor en el caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante y menor en el caso de culpa levisima o de responsabilidad sin culpa, porque por su causa será mayor o menor el daño moral mismo. No se trata de una graduación de la responsabilidad según la gravedad de la conducta del dañante, sino según la gravedad de la lesión que dicha conducta reporta al dañado.

(5) *Vid.*, CAMACHO BRINDIS, *Psiquiatría y prisión*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1993, II, p. 731 y ss., donde críticamente analiza el estado actual del Derecho penitenciario en relación a los trastornos psiquiátricos que presentan algunos reclusos.

(6) En un reciente estudio elaborado por el Instituto Jurídico de la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad de Trieste, dirigido por P. CENDON, se han puesto de manifiesto los problemas reales que en la práctica se plantean por la aplicación del sistema de responsabilidad civil por los ilícitos de los enfermos mentales y por el establecimiento de un deber de vigilancia demasiado estricto sobre los parientes de estos enfermos, se deduce que éstos podrían delegar completamente en las estructuras sanitarias públicas o privadas la asistencia de estos pacientes, ante el temor de las potenciales responsabilidades por daños a que podrían ser llamados. *Vid.*, *Infermitá di mente e responsabilità civile*, a cura de P. Cendon, en *Antologia*, ed. Cedam. Padua, 1993, pp. XXII-364.

por dificultades económicas, problemas existenciales o por cualquier otra circunstancia endógena o exógena que pueda inducir a producirse estas autolesiones tendrá una vía abierta para dejar en una «cómoda» posición a sus herederos al menos durante un cierto tiempo (7).

Con la introducción de estos supuestos de responsabilidad civil derivada de los actos suicidas (8) se puede reconfirmar la idea de que estamos en presencia de la aplicación más amplia del llamado principio *pro damnato* que rige desde hace algún tiempo las decisiones de nuestro Tribunal Supremo en materia de Derecho de daños, es decir, la idea de que por regla general todos los daños y perjuicios y riesgos que la vida social lleva aparejada deben dar lugar al resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño (9). Todos los pilares de la teoría de la responsabilidad construidos de acuerdo con los postulados de la codificación (imputación, ilícito y causalidad) han venido experimentando una gran erosión y lo que está ocurriendo con las condenas al resarcimiento por los actos suicidas voluntarios es la mejor prueba de ello. Con este nuevo grupo de sentencias parece consolidarse la idea de que el Derecho moderno ya no mira del lado del autor del acto lesivo, sino única y exclusivamente del lado de la víctima y que, congruentemente con esta nueva política legislativa (apoyada por la jurisprudencia), se adoptan soluciones favorables a la situación del damnificado de la más diversa naturaleza. De este carácter son la atribución objetiva de responsabilidad, la aplicación de la presunción de causalidad y el afinamiento del concepto de culpa (10). Para alcanzar esta finalidad además se han puesto en marcha

(7) Aunque pueda parecer una exageración por mi parte, o incluso demagógico, el letrado de la parte recurrente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987, *vid. infra* p. 29 y ss., aludió también a estos efectos y el Alto Tribunal no tomó en consideración lo que calificó como «*afirmación con visos de profecía*».

(8) Para la elaboración de este trabajo se han recogido las sentencias dictadas en los últimos veinte años (1975-1995) de todos los órdenes jurisdiccionales que trataban sobre la responsabilidad civil de terceros derivada de los daños producidos por los suicidios voluntarios y los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado durante este mismo período. Así en orden cronológico: STS de 12-3-1975; 9-3-1987; 10-12-1987; 10-2-1988; 13-6-1988; 30-7-1991; 20-11-1991; 17-3-1993; S. Audiencia Provincial de Palencia de 31-7-1993; STS de 5-12-1994; S. Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17-5-1995 y Dictámenes de 23-4-1987; 10-12-1987; 28-1-1988; 19-4-1990; 21-2-1991; 30-5-1991; 9-6-1991; 21-1-1993; 21-10-1993; 18-11-1993; 20-1-1994; 27-1-1994; 8-9-1994; 27-4-1995; 13-7-1995; 23-11-1995.

(9) *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, *La responsabilidad civil hoy*, Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 727.

(10) Este cambio producido en el sistema de la responsabilidad civil ha sido comentado por todos los autores españoles y extranjeros que se han preocupado del tema. La doctrina civilista se enfrenta hoy con el problema de la acentuación del concepto de diligencia exigible, que ha pasado del tradicional criterio de la diligencia de un buen padre de familia a la llamada diligencia profesional guiada por las reglas del arte (*lex artis ad hoc*). Ahora bien, si la masificación y las nuevas tecnologías han traído consigo inexorablemente, la necesidad de que todos los operadores del tráfico y profesionales posean los conocimientos técnicos suficientes para realizar diligentemente su

mecanismos alternativos a la responsabilidad civil pero que persiguen la reparación de los daños por medio de su socialización (11), como la acción directa de la víctima contra el asegurador del causante del daño, la seguridad social y la asunción de la reparación de los daños por el Estado (12).

DIEZ-PICAZO (13) ponía de manifiesto ya en 1979 una idea que a mi juicio es sumamente acertada y es la de que los postulados finales de la causalidad adecuada, que se aplica solapadamente por los Tribunales cuando no encuentran la causa de justificación para la imputación de la responsabilidad al autor del daño, y que nos sitúa ante una de las causas probables o de las causas a las que racionalmente el hecho parece que puede ser imputable, conducen finalmente a una auténtica responsabilidad sin causa. De esta suerte hoy en muchos casos estamos en presencia de una responsabilidad sin injusto, sin culpa y sin causa. La sucesiva desaparición de los requisitos del injusto, de culpa o de nexo causal se produce sobre todo en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro o en aquellos otros en que, aunque no exista un seguro debería haber existido. No se tiene en cuenta, sin embargo, que si existe seguro en puridad la figura del responsable

papel, también lo es que es necesario establecer los límites y el régimen probatorio de la responsabilidad civil o contractual, de estos «nuevos» profesionales, porque no conviene hacer de la profesionalidad, la pericia y la *lex artis* la espada de Damocles y alegarla como único fundamento para proceder a la indemnización de los daños y perjuicios causados. *Vid.*, por todos, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, ed. Jovene, Nápoles, 1979, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, e. Giuffrè, Milán, 1358, SANTORO, *La responsabilità contrattuale (I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale)*, ed. Cedam, Padua, 1992 y, entre nosotros, DIEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, ed. Civitas, Madrid, 1987.

(11) *Vid.*, las reflexiones de DE ANGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 222, sobre la implantación de estas reglas de reparación de daños a través de un sistema de rigurosa socialización y de los efectos que ha causado en el seguro.

(12) *Vid.*, ALTERINI, «*La presunción legal de culpa como regla del "favor victimae"*», separata del libro «Responsabilidad por daños» homenaje a Jorge Bustamante Alsiva.; G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, París 1982, núm. 533, p. 638. La denominada presunción de culpa, ajena a las reglas de la experiencia, obedece a razones de política legislativa que coinciden con la regla del «*favor victimae*», porque satisface el interés de conseguir fácilmente el resarcimiento del daño. El causante del daño está obligado a aportar la prueba contraria a esa presunción: el haber obrado diligentemente. Cuando la diligencia exigida es muy estricta basta probar la menor negligencia para estimar la responsabilidad o lo que es lo mismo, es suficiente la prueba de la culpa más leve que a veces está muy cerca del caso fortuito. De este modo, a pesar de tratarse de casos en los que el factor de atribución de la responsabilidad es la culpa, al considerar suficiente sustento de la misma a la de grado levísimo, en la práctica, la liberación del demandado viene a depender de una prueba que linda con el caso fortuito, a pesar de que ello concierne técnicamente a una situación distinta: la de la ruptura del nexo causal y este afinamiento del concepto de culpa rige casi siempre en la materia que se estudia aquí como se comprobará más adelante.

(13) *Vid.*, «*La responsabilidad civil hoy*», *op. cit.*, p. 727.

tiende a diluirse, porque ya no es el responsable, entendido como deudor de la reparación, sino simplemente el suministrador del verdadero deudor de la reparación por la vía del seguro. El problema es parecido en lo que se refiere a la seguridad social si no se olvida que es a quien compete en la actualidad la obligación de facilitar las prestaciones en caso de muerte o de daño corporal que entraña incapacidad para el trabajo.

No seré yo quien critique (o al menos no excesivamente y sobre todo *a posteriori*), el estado actual del sistema de responsabilidad civil. Es cierto que en un momento histórico determinado, las reglas de la responsabilidad civil heredadas de la codificación se mostraron claramente insuficientes para resolver problemas prácticos tan sangrantes como los que se derivaban de los supuestos que hoy en día se abarcan bajo la denominación común de responsabilidad por riesgo y responsabilidad objetiva (utilización de energía nuclear, vehículos a motor, navegación aérea, caza, etc.). Ahora, en lugar de ensanchar el campo de aplicación de la responsabilidad civil y sus presupuestos es necesario llevar a cabo una labor de contención e intentar devolver a sus cauces naturales o al menos justos las reglas y los pilares básicos de esta institución.

En este sentido es significativa la parábola creada por BUSNELLI (14) para poner de manifiesto de una manera gráfica lo que ha sucedido con esta figura con el pasar de los años. «Un cauce de agua, alimentado por una vieja fuente, atraviesa un amplio territorio condicionando su aprovechamiento económico. Con el paso de, una economía agrícola de mantenimiento a un cada vez mayor desarrollo industrial, el flujo del agua se revela insuficiente. Por este motivo los expertos se las ingenian, mediante la construcción de diques, canales y otras obras, para realizar una mejor utilización y distribución de la escasa agua disponible. Pero, de improviso, el agua acrece, por la confluencia de una serie de pequeños arroyos lodosos provenientes de los nuevos manantiales. He aquí que, ahora los expertos están obligados a llevar a cabo una obra de contención de las aguas para evitar los desbordamientos y los aluviones». El cauce del agua -explica el profesor italiano- representa la evolución de la responsabilidad civil y el territorio atravesado corresponde a la experiencia del Derecho privado. La fuente es alpina y se sitúa en la frontera entre Francia e Italia: francés es el núcleo central de la regla general que del artículo 1382 (15) del Code Napoléon que pasó primero al art. 1151 del Código civil italiano de 1865 y después

(14) Vid., *La parabola della responsabilità civile*, Rivista critica del Diritto privato, anno VI-4, dicembre 1988, p. 644.

(15) Art. 1382: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*».

al 2043 (16) del de 1942. Italiana y fruto de una innovación de este último código, es la mención a la «injusticia» del daño en la regla general, además de la introducción de nuevas reglas especiales (arts. 2050 y 2054) al lado de las tradicionales (arts. 2048, 2049, 2051, 2052 y 2053) que aparecía ya en la disciplina napoleónica.

El tropel de expertos que cimentan las obras de *ingeniería social*, viene constituido por la doctrina civilista de los años 60 y 70, ocupada en delinear nuevas fronteras a la responsabilidad civil para hacer frente a una sociedad en rápida transformación (el paso de una economía agrícola a la producción industrial). La referencia a los nuevos manantiales alude a las intervenciones con las que después, el legislador y los Tribunales han interrumpido improvisadamente su prolongado silencio en este campo. La imagen de los arroyos lodosos quiere ofrecer una idea de las fórmulas confusas y distorsionadoras que aparecen en las nuevas leyes y fundamentos de las sentencias en esta materia. La obra de contención, ya empezada, indica el nuevo empeño de la doctrina civilista: un empeño de reflexión y de racionalización del desordenado proceso legislativo y jurisprudencial de expansión de la responsabilidad civil.

A mi juicio, esta obra de contención, aún compleja, se facilitaría si se tuvieran en consideración algunas ideas inamovibles. Como con toda razón insisten algunos autores especialistas en este tema (17) el sistema de responsabilidad civil no es un instrumento de redistribución de la riqueza. No se trata como en ocasiones parece, de comparar los patrimonios en conflicto, el del agente del daño y el de la víctima, y atribuir a uno o a otro, según su capacidad económica, el deber de soportar las consecuencias patrimoniales negativas. Es necesario que concurren todos y cada uno de los presupuestos legalmente establecidos para que el causante del daño venga obligado a repararlo. De lo

(16) Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito.- «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*». En nuestro caso, la fuente sería pirenaica y español sería el art. 1902 C.c., que se desvía en cierta medida de sus antecedentes, al introducir las omisiones como conductas susceptibles de responsabilidad civil.

(17) Vid. por todos, PANTALEÓN PRIETO, «*Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*», ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p. 88 y ss., quien tratando del mito sobre la conveniencia de un régimen de responsabilidad objetiva general de la Administración, recuerda algo, a mi juicio, importante: «este sistema...no es otra cosa que un mecanismo de redistribución *perversa* de la renta. Puesto que indemnizar es restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza, resulta obvio que los perjudicados que ganaban más o que tenían bienes más valiosos serán quienes obtengan una mayor parte del dinero público (producto de la redistribución justa de la renta por vía de los impuestos progresivos) que nutre ese verdadero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la doctrina dominante. Y ¿quiénes habrían de pagar más en el mercado por seguros de vida, de accidentes o de daños, que son mecanismos alternativos —y seguramente más eficientes, por su mejor coste de administración— para «pulverizar» la carga dañosa fortuita de la gestión pública?».

contrario, el juicio de responsabilidad debe venir necesariamente rechazado y la víctima habrá de enfrentarse sola a las consecuencias que la lesión le haya producido.

Quizá acierten quienes se preguntan (18) si para solucionar el problema actual de trazar límites a la responsabilidad civil no pudiera ser útil insertar en el Código una cláusula general de responsabilidad objetiva, dado que es el sistema encubierto que están aplicando los Tribunales o si, por el contrario, sigue siendo preferible la política de individualizar las hipótesis específicas de responsabilidad objetiva, para intentar contener de algún modo la práctica judicial imperante de responsabilizar a quien sea y como sea por cualquier daño sufrido que de cualquier modo no encuentra justificación en las reglas resarcitorias tradicionales.

Son conocidas las muchas voces que se han alzado a lo largo de estos últimos años en contra del ensanchamiento desmesurado de las reglas de la responsabilidad. Se ha ensanchado su finalidad, que ha pasado de ser estrictamente resarcitoria a tener un carácter a veces preventivo, punitivo, moralizador, redistributivo y socializador de los riesgos (19). Se ha extralimitado el concepto de daño (20) y qué duda

(18) Vid. VISINTINI, «*La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di civil law*», La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1995, parte seconda, p. 60; Vid. en este mismo sentido, ALPA, *Le frontiere della responsabilità da illecito nel Diritto comparato*, op. cit., p. 85.

(19) Como puntualiza PANTALEÓN, sostenedor de la función resarcitoria originaria de esta figura, *Comentario al art. 1902*, op. cit., p. 1971, la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2.ª 18-X-79); b) Es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable (art. 105.1 CP); c) Es asegurable; d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte (STS 2.ª 8-X-84); e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable (STS 2.ª 6-II-82), ni es materia reservada a Ley orgánica (STS 2.ª 28-X-86).

Sin embargo, DE ANGEL, *Algunas previsiones op. cit.*, p. 233, advierte que no podemos seguir planteándonos la pregunta de la función de la responsabilidad civil a la luz de su concepto clásico, sino que sería más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Si se desgaja el fenómeno de los daños, como hoy parece inexcusable, la idea de la responsabilidad en su concepción clásica, esto es, si por responsabilidad se entiende simplemente el deber de soportar las consecuencias de un acto, no hay inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la preventiva son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a alguna de ellas superioridad sobre las otras.

(20) Vid., Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 17 de junio de 1994, Actualidad civil, n.º 6/16-31 marzo 1995, p. 447, que condena al médico al pago de 9.556.997 de pesetas al actor «vasectomizado» que posteriormente procreó una hija. A pesar de reconocerse que las actuaciones del facultativo observaron rigurosamente la *lex artis*, se le reprocha la falta de información necesaria, que condujera al actor a evitar la reanudación de su vida matrimonial, dado que en este tipo de intervenciones son posibles las «recanalizaciones». No es que haya de preguntarse sobre la imputación del médico, sino por el daño realmente sufrido (el nacimiento de un hijo no deseado, ¿debe considerarse hoy en día un daño reparable?).

cabe que se ha ampliado el criterio de la diligencia de tal modo que no cabe por menos que afirmar la falacia del caso fortuito. No es ya sólo que exista una automatización de la presunción de culpa, es que lo que en realidad ya es difícil de encontrar en los fundamentos de las sentencias es el fortuito mismo. Toda actividad de riesgo que comporte la mínima probabilidad de un daño es imputable directamente a su agente y, por regla general, sin procedimiento alguno de verificación de los presupuestos de la responsabilidad. En muchos casos, se está solicitando, la previsibilidad de un hombre clarividente, la diligencia de un extraordinario padre de familia y la pericia del más experto profesional. En definitiva, se han roto las barreras de la lógica jurídica, económica y social. Quizá se pueda pensar, ya lo he dicho, que la mejor vía para llevar a cabo la labor de contención de la responsabilidad extracontractual sea legislar como regla general la responsabilidad objetiva para que así los operadores jurídicos tomen conciencia de los resultados prácticos de toda esta construcción, y que *ex lege* empiecen a construir una nueva responsabilidad civil o retomen la doctrina decimonónica que, mal que nos pese y aunque limitada, era más rigurosa y eficaz (21). Comparto (22) la idea de que hoy más que nunca, los cultivadores de la responsabilidad civil consideran este sector como el terreno elegido para la ingeniería jurídica y, sin embargo, no se trata de tejer y destejer la túnica de Penélope, como podría parecerle a un observador externo, ignorante de las fórmulas mágicas y de cuanto se esconde detrás de las disposiciones y de las sentencias. La sensibilidad por estos nuevos intereses impone reflexionar sobre las funciones del Derecho de daños, siendo el papel de los juristas el de buscar un equilibrio adecuado entre aquellos intereses y las complejas y desiguales exigencias de la sociedad.

Para los detractores del análisis económico del Derecho, es decir del estudio de los efectos económicos que tienen los principios jurídicos vigentes o el análisis de las decisiones económicas que han determinado la introducción de aquéllos, hay que puntualizar que en materia de Derecho de daños o se acepta que lo que se pretende alcanzar es un justo sistema distributivo o se continúa estrictamente con los postulados de la codificación en el que los únicos criterios de imputación a tener a en cuenta son el dolo y la culpa o negligencia. En su ori-

(21) Comparto en este sentido la opinión de PANTALEÓN PRIETO a propósito de la responsabilidad objetiva de la Administración y que es extensible a la situación de la responsabilidad civil en general, *Vid., Responsabilidad médica..., op. cit.*, p. 89, que no duda de «la necesidad de que, cuando comiencen a repetirse las reclamaciones multimillonarias, nos encontremos bien pertrechados de las herramientas jurídicas adecuadas para que el presupuesto público no sea "el palo que tenga que aguantar todas las velas", incluidas aquéllas que los propios perjudicados podrían aguantar (asegurar) de forma más eficiente y que ningún criterio de justicia puede justificar que deban aguantar los bolsillos de sus conciudadanos, también si menos acaudalados que aquéllos».

(22) *Vid., ALPA, Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel Diritto comparato, op. cit.*, p. 83.

gen la responsabilidad civil tenía una función exclusivamente indemnizatoria, se trataba de un sistema de reparación de patrimonios individuales, de un sistema resarcitorio entre particulares. Pero, desde el mismo momento en el que intervienen en él fondos de garantía, empresas aseguradoras y el Estado, ha perdido su originaria finalidad. Este es el motivo por el que hay que volver a preguntarse acerca de las funciones de la responsabilidad civil y el sistema que se debe adoptar para alcanzarlas y, por ello, se hace imprescindible llevar a cabo un análisis económico en esta materia (23).

Tras este excurso y entrando de lleno ya en el tema que nos ocupa hay que advertir de antemano que son muy escasos los pronunciamientos de nuestros Tribunales acerca de la responsabilidad por los actos suicidas. Tanto es así, que en el diario EL PAÍS del 24 de abril de 1995 bajo la rúbrica «*El Insalud deberá pagar 14 millones por el suicidio de un enfermo*» se informa con gran asombro por parte del articulista de que este ente hospitalario «ha sido condenado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a pagar 14 millones de pesetas a la madre de un joven de 28 años, que se ahorcó en el Hospital de Valdecilla por (24) la presunta (*sic*) negligencia de sanitarios no identificados, tras escapar del servicio de urgencias durante la ausencia momentánea de su hermano, que le había acompañado. El joven sufría insomnio, crisis de llanto y fuerte inclinación a quitarse la vida. Los hechos ocurrieron en octubre de 1992».

Además de ser escasos, los Tribunales los resuelven basando su decisión en las más variada gama de fundamentos jurídicos (25). Resulta

(23) Vid., DE ANGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 221; TRIMARCHI, *Economia e Diritto nel sistema della responsabilità civile*, p. 289; GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, p. 371; ALPA, *Colpa e responsabilità nella elaborazione di Richard Posner*, p. 387; RODOTÁ, *Il costo degli incidenti nella elaborazione di Guido Calabresi*, p. 405; FERRARINI, *Scelte tragiche. Nuovi sviluppi dell'analisi economica del Diritto*, p. 413; MAZZONI-VARANO, *I criteri suggeriti da Guido Calabresi per le scelte tragiche*, p. 436, todos ellos en «*La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*», vol. I: *Profili generali*, a cura di F. Maciocé, ed. Cedam, Padua 1989.

(24) Subrayo el término «*por*» utilizado por el articulista puesto que denota una actitud bastante generalizada entre los que conocen de casos similares: una toma de posición a favor del damnificado. La negligencia del personal sanitario parece ser, para el periodista, la causa directa del ahorcamiento del paciente, cuando, aun no negando que se trate de una condición necesaria para que la idea de poner fin a su vida llegara a buen término, dudo que se tratara de la causa directa del mismo. Esta idea ha sido destacada recientemente por FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Vid., «*Hacia un Derecho sanitario*», *La Ley*, miércoles 15 de mayo de 1996, p. 8.

(25) No puedo por menos que hacer referencia a la STS de 12 de marzo de 1975 que sigue siendo citada en la doctrina como ejemplo de aplicación curiosa de las normas de responsabilidad extracontractual. En el caso concreto se solicita al centro psiquiátrico, propiedad de la Diputación Provincial de Granada, la indemnización de los daños provocados a una pareja de prometidos por el suicidio por defenestración de uno de sus pacientes. La *ratio* esgrimida por el Tribunal para desestimar el recurso interpuesto por la Diputación fue el siguiente:

revelador estudiar los casos de suicidio que más recientemente han sido presentados ante los distintos órganos jurisdiccionales y órganos consultivos (Consejo de Estado, que quizá sea el que más reciba) y dilucidar, si se puede, cuáles son los verdaderos motivos que impulsan a condenar a los centros sanitarios, penitenciarios y acuartelamientos al pago de una indemnización por los daños sufridos por estos fallecimientos a los parientes de los suicidas que la reclaman y, viceversa, que llevan a la denegación de la responsabilidad patrimonial de estas entidades. Del estudio detallado de los hechos y de los fundamentos de Derecho de todas estas resoluciones se puede llegar a resolver el problema que ahora mismo se plantea: ¿Con base en qué precepto o regla de la razón, máxima de la experiencia o criterio de imputación se puede afirmar la responsabilidad contractual o extracontractual (si se admitiera su posible concurso (26)) de un tercero por el suicidio no provocado ni inducido de una persona?

En estos supuestos de suicidios no punibles penalmente, puede incluso llegar a afirmarse lo contrario: que un suicidio consumado hará surgir la responsabilidad del suicida (es decir, de sus herederos) cuando se haya llevado a cabo con el fin principal de suscitar en otra persona dolor o con el propósito de causarle lesiones graves en su salud psíquica, *sucedió en BLAKELEY v. SHORTAL'S ESTATE (1945) 236 Iowa 787, 20 NW2d 28*. En el caso en cuestión un hombre, durante la ausencia de su ex-amante de su apartamento, se introduce en él y se corta la garganta. A su vuelta a casa, la mujer viéndole en un charco de sangre, sufre un tremendo shock. Los herederos del suicida serán considerados responsables civilmente frente a la reclamación de la mujer.

«...independientemente de que concurriese o no negligencia en la actuación, bien de las personas del establecimiento, bien en la vigilancia del enfermo..., debe reputarse que objetivamente la relación entre ambos servicios funcionó de modo defectuoso, pues dio lugar a que el enfermo se arrojase por la ventana en su intento de suicidio, produciendo la muerte de M.S. y de su novia ... Sería igualmente responsable objetivamente la Corporación aunque los servicios hubieran funcionado perfectamente, pues aun no hallándose la víctima relacionada con la actividad de la Administración, ya que se limitaba a pasar por la acera del Hospital donde recibió el golpe del enfermo que se había arrojado por la ventana, éste procedía del edificio donde el servicio se presta y en relación con el cual señala el art. 1910 C.c. que el ocupante responde de los daños causados por lo que se arroje o caiga del inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre objeto y persona al no poder reputarse a ésta como tercero responsable ajeno a la esfera del servicio según se ha dicho».

En este caso, como se acaba de ver, se estima como causa suficiente para declarar la responsabilidad extracontractual del centro sanitario el hecho del suicidio, dando a entender la sentencia que este hecho hace derivar o clarifica indubitadamente el mal o negligente funcionamiento de los servicios públicos médicos, aplicándose y no se sabe si a mayor abundamiento el art. 1910 C.c.

(26) Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española y extranjera existe una desmesurada tendencia a aceptar la acumulación y el concurso de ambas acciones de responsabilidad, seguramente guiados por la idea de la «reparación a toda costa». Vid., MONATERI, *Cúmulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padua 1989.

Pudiera ser cierto que sostener la influencia desarrollada por un tercero en la determinación de suicidarse de una persona sólo debe ser relevante en aquellos casos previstos en la norma penal (inducción, cooperación o auxilio al suicidio), y que no debe ser tenido en cuenta en otros campos jurídicos, porque aunque esta medida signifique otorgarle al tercero un amplio espacio de libre intervención en relación al posible suicida, de lo contrario sería este último quien vería protegida legalmente su propia debilidad, sus propios momentos de fragilidad, de desconfianza o de depresión y, en consecuencia, lo más razonable es que únicamente cuando el comportamiento del tercero sea de un tenor tal como para justificar una reacción del ordenamiento jurídico penal, en defensa del interés público, se hable de responsabilidad (27).

En este sentido, por ejemplo, parece claro que el ladrón de bicicletas deba responder, en sede penal, exclusivamente por el hurto y no también por la muerte del padre de familia que posteriormente se haya suicidado por la desesperación de haberse visto privado de su instrumento indispensable de trabajo, como también parecería excesivo condenar por homicidio culposo al automovilista que ha causado a un tercero unas lesiones tales como para empujarlo posteriormente (por un trastorno mental o los sufrimientos insoportables derivados de su situación) a quitarse la vida (28).

Si se tiene siempre presente la función exclusivamente resarcitoria que cumple la responsabilidad civil quizá se pueda llegar a vislumbrar una solución adecuada para resolver estos casos, por mucho que nos duela que queden insatisfechos los intereses particulares de las víctimas, entendiendo por tales tanto aquéllas que hayan sufrido daños (aunque sólo sean morales) tras el suicidio no punible de un pariente, como el autor mismo de la tentativa suicida que se encontrará a menudo debiendo expiar por largo tiempo las consecuencias económicas, físicas y psicológicas de su propio acto.

Por último, sería razonable diferenciar aquellos casos en los que el acto ilícito reprochado al demandado constituya precisamente la fuente de la situación que ha llevado a la víctima a suicidarse, de aquellos otros en los que, a pesar de que existieran motivos preexistentes y decisivos deba responder aquél que con un comportamiento adecuado podría haber evitado el suicidio (por ejemplo evitando olvidarse en la celda del preso la cuerda con la que éste después se ahorcó) (29).

(27) *Vid.*, GAUDINO y CENDON, *Il suicidio e la responsabilità*, en «La responsabilità civile: Saggi critici e rassegne di giurisprudenza», a cura di P. CENDON, Giuffrè ed., Milán 1988, p. 267.

(28) *Vid.*, Cass. pen. 10-4-1963, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1963, p. 603, citado por GAUDINO y CENDON, *op. cit.*, p. 268.

(29) *Vid.*, GAUDINO y CENDON, *Il suicidio e la responsabilità*, *op. cit.*, p. 271.

En la mayor parte de los casos jurisprudenciales españoles y extranjeros por regla general no se estima la responsabilidad civil del tercero demandado por el acto suicida basándose en la falta de nexo causal entre su conducta y el posterior suicidio. Se toman en consideración las causas próximas y remotas del acto y se llega a la conclusión de que no pueden ser reconducidas al hecho aislado del tercero, sino que proceden a menudo del ambiente socioeconómico de la víctima o derivan de elementos patológicos, idiosincráticos, estrictamente individuales (piénsese en casos tan actuales como los de los de enfermos de sida que se suicidan presos del terror de una enfermedad tan agresiva o de personas víctimas de situaciones de abandono como el de los ancianos que al ver rechazada su pensión de jubilación, su única fuente de subsistencia, se suicidan). En estos casos es difícil encontrar un responsable. En otras hipótesis, a pesar de ser posible la determinación de un sujeto como agente provocador de la causa efectiva del suicidio, la exclusión de su responsabilidad está claramente justificada desde el punto de vista de la causalidad: se trata de aquellas situaciones en las que el comportamiento del tercero, en realidad, no ha sido muy distinto del que se podría esperar en un desarrollo normal de la relación causal, lo que la contribución causal de la conducta termina por dejarse absorber por la determinación final del suicida (por ejemplo, el suicidio del enamorado no correspondido, o el de un opositor retirado del concurso por el Tribunal, o el suicidio de un cantante tras el fracaso de su canción en un festival de música o el de un trabajador despedido de la empresa).

Pero también existen casos en los que la jurisprudencia extranjera ha condenado a terceros al resarcimiento por los suicidios, basándose en su comportamiento doloso o negligente, siempre y cuando hayan incidido claramente sobre la determinación del suicidio en el sujeto.

Parece cierto que en vía de principio, la existencia de una negligencia no es suficiente para atribuir la responsabilidad, dado que el suicidio constituye un *novus actus* que desvía el nexo causal entre el ilícito y la muerte. Sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que la autodestrucción no siempre es un evento extraño al acto inicial del demandado. Por ejemplo, en el caso de las lesiones físicas inferidas accidentalmente a la víctima, o el caso del pasajero de un tren que gravemente herido por un accidente ferroviario sufra tales lesiones que le incitan a matarse, o el de la esposa que tras ver impedido de por vida a su marido sufre un tremendo shock y pocos meses después decide suicidarse. (30)

II. SINTESIS DE LA SENTENCIA QUE TRAE CAUSA DE ESTE ESTUDIO

Pues bien, los hechos y fundamentos de Derecho de la sentencia

(30) Vid., GAUDINO y CENDON, *El suicidio...*, op. cit., p. 273.

(STS de 11 de marzo de 1995) que trae causa de este comentario son los siguientes:

Una joven de 20 años, que estaba siendo sometida al oportuno tratamiento por depresión nerviosa y para deshabitación etílica, ya en dos ocasiones anteriores había sido ingresada en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza (dependiente del INSALUD) como consecuencia de una masiva ingestión voluntaria de medicamentos, con intención de suicidio. El día de autos (8 de octubre de 1988) fue ingresada nuevamente en el servicio de urgencias de este mismo centro hospitalario en estado comatoso como consecuencia de una nueva ingestión voluntaria de sustancias tóxicas con intento de suicidio. Se le practicó un lavado gástrico y se le sometió a un tratamiento que mejoró su estado e hizo que recuperara la consciencia. Después fue ingresada en una habitación de la unidad de corta estancia (UCE), situada en la planta baja del hospital (aunque entre la misma y el suelo del patio había otras dos plantas de sótano). A media tarde del día siguiente, la paciente, *que se encontraba acompañada por su madre*, entró en el cuarto de baño de dicha habitación y se arrojó por la ventana que estaba abierta y sin enrejado, sufriendo lesiones muy graves de las que estuvo siendo tratada en la unidad de cuidados intensivos, pero como consecuencia de las mismas falleció un mes más tarde.

Los padres de la fallecida formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza reclamando la cantidad de 15.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su hija al entender que había sido debido al deficiente funcionamiento de los servicios prestados por el hospital. La demanda fue estimada parcialmente condenando a la demandada al pago de 10.000.000 de pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó los recursos interpuestos por ambas partes y confirmó la resolución. Interpuesto recurso de casación únicamente por el INSALUD, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

El Tribunal basó su decisión en los siguientes fundamentos jurídicos:

«El núcleo litigioso se construye en torno a las condiciones en que se verificó el internamiento de la hija de los demandantes y las circunstancias fácticas de su ingreso, que junto a los antecedentes en poder del Instituto, ponen bien a las claras la necesidad de adoptar unas condiciones mínimas de vigilancia y seguridad frente a un propósito de autolisis tan claramente reiterado. Mas como quiera que tales precauciones no se tomaron y que a consecuencia de su omisión se produjo el fallecimiento de la enferma (subrayo esta frase porque indica claramente el *iter* argumentativo de nuestro alto Tribunal) es llano que la responsabilidad que del Insalud se predica ha de mantenerse, a tenor del art. 1903.4.º del Código civil».

El fundamento de este primer argumento lo encuentra el Tribunal en la responsabilidad de los *dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en*

el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. El establecimiento sanitario es considerado a estos efectos como una entidad empresarial, de tal modo que responde directamente por negligencia *in vigilando* de los empleados que utiliza en los servicios que presta.

En este caso no estamos en presencia de la llamada negligencia médica, sino hospitalaria. El centro sanitario viene equiparado a un establecimiento empresarial y es al INSALUD, titular de la actividad sanitaria que se desarrolla en el Clínico de Zaragoza, al que se le hace responsable directo de los daños causados por las acciones y omisiones culposas de sus empleados. La culpa *in vigilando* del INSALUD está claramente presumida, si no es directamente objetiva, una vez también presumida la negligencia del empleado *ex art.* 1902 C.c.

Esta aplicación del art. 1903.4.º C.c. ya la había hecho el juez de Primera Instancia y, en casación, el recurrente, quizá con poco acierto, había alegado que en el análisis de la responsabilidad extracontractual solidaria empresarial *in eligendo* o *in vigilando* se debía partir de la actuación culpable de los empleados que causaron el daño cuyo resarcimiento se reclama directamente del dueño del establecimiento donde el suceso había acontecido. También debía considerarse que en este caso la obligación contractual o extracontractual del profesional sanitario es una obligación de medios, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica y sanitaria, poniendo en su actuación toda la atención que deriva de su específica preparación científica y práctica. Defendía además que en los casos de responsabilidad de los profesionales sanitarios no opera la inversión de la carga de la prueba, admitida por el Tribunal Supremo para los daños de otro origen, debiendo el paciente aportar las pruebas de la relación o nexo de causalidad y de la culpa, y que cuando no es posible establecer la relación de causalidad o que el resultado dañoso no depende de una conducta culpable, no hay responsabilidad sanitaria. A mayor abundamiento, alega que no puede haber responsabilidad cuando no hay previsibilidad como en el presente caso, al arrojarse la hija de los actores por la ventana. Es posible que los alegatos de la parte recurrente no fueran muy afortunados (sobre todo los de la inexistencia en estos casos de inversión de la carga de la prueba y la imprevisibilidad del acto suicida), pero ello no es óbice para que algunas de las razones esgrimidas no hubieran sido tomadas en consideración: el recurrente había intentado demostrar al Tribunal que no se habían dado los presupuestos necesarios para una responsabilidad empresarial, es decir, la negligencia de los empleados sanitarios y la relación causal entre la conducta omisiva y el resultado dañoso.

El alto Tribunal desestima estos motivos del recurso por aplicación indebida de los arts. 1104 y 1105 C.c al entender que «siendo la obligación del personal sanitario una obligación de medios y no de resulta-

do, en la aplicación de los medios procedentes al caso concreto es donde radica la negligencia del personal sanitario «..., pues fue ingresada en una habitación no idónea para enfermos psíquicos, ya que el cuarto de baño de la referida habitación disponía de una ventana abierta (o fácilmente abrible) y sin reja de hierro, por donde se arrojó la infortunada joven, como era fácilmente previsible, dada la pertinancia de la misma en sus propósitos suicidas, que constaban en su historial médico clínico que tenía el centro sanitario, lo que evidencian la negligencia con que actuó el personal facultativo que la asistió y la responsabilidad, por tanto, del Insalud, a cuyas órdenes trabajaba dicho personal». Acerca del artículo 1105 C.c. estima que «al aparecer probada la negligencia con que actuaron los facultativos y sanitarios que atendieron a la infortunada joven al no acordar su internamiento en una habitación o departamento específico en que no existieran medios para que pudiera llevar a efecto su pertinaz y reiteradamente anunciado propósito suicida, a la vez que siendo previsible la producción del suceso enjuiciado, queda excluida la posibilidad del surgimiento de un caso fortuito, ninguno de cuyos preceptos, por tanto, ha infringido la sentencia recurrida».

Parece que para nuestro Tribunal Supremo, el fundamento subjetivo para atribuir la responsabilidad al centro hospitalario es la conducta omisiva del deber de vigilancia que pesaba sobre el personal sanitario, puesto que al tratarse de una paciente ingresada por intento de suicidio con antecedentes clínicos por el mismo motivo, debió haber puesto todas las medidas necesarias para evitar un nuevo intento de autolesión. La negligencia queda demostrada (o más bien presumida), en el hecho mismo de que se produjera el resultado. La conducta omisiva del centro sanitario es concausa suficiente (que no eficiente) para provocar el resultado dañoso. A juicio del Tribunal, el efecto no se hubiera producido sin el concurso de esta primera causa, que concatenada al acto autolesivo de la paciente dio lugar a su fallecimiento. La causa inmediata de suceso fue la conducta de la propia víctima y la mediata la, a todas luces, imprudente del personal hospitalario al haberla situado en una habitación no apta para este tipo de pacientes.

En realidad, no se puede saber a ciencia cierta en lo que a la relación de causalidad se refiere, qué criterio ha guiado al Tribunal. Para establecer la conexión causal ha aplicado la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado lesivo, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (la defenestración no hubiera ocurrido si el personal sanitario hubiera obrado con la diligencia debida en la custodia de la enferma o si el médico no la hubiera situado en una habitación sin enrejado). Como criterio de imputación utiliza ampliamente el de la causalidad adecuada, que exige la valoración de si la conducta del autor del acto es generalmente apropiada para producir ese resultado y solamente en el caso de que la respuesta sea afirmativa cabe apreciar la existencia de un nexo causal que abra paso a la exigen-

cia de la responsabilidad civil (la determinación de si la omisión de vigilancia es generalmente apropiada para ocasionar el suicidio de un paciente o si situarlo en una habitación sin enrejado es apropiado para que se produzca el mismo). En cuanto a la ruptura del nexo causal (o desviación del mismo) parece que en este caso concreto el Tribunal no sigue los criterios que tradicionalmente viene aplicando en otros ámbitos (31), de acuerdo con los cuales, en los supuestos en que la intervención del tercero es dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se produce una auténtica interrupción del nexo causal, determinante de una responsabilidad exclusiva de este último (para la sentencia, los datos de que la paciente internada optase por quitarse la vida por su propia voluntad y de que estuviese acompañada por un pariente cercano no parecen ser de suficiente entidad como para desviar el nexo causal).

Tras examinar los fundamentos de Derecho que llevan al Tribunal Supremo a condenar al INSALUD por culpa *in vigilando*, no puedo por menos que preguntarme qué habría sucedido si el método empleado por la suicida para poner fin a su vida no hubiera sido la defenestración, sino otro cualquiera, o si en vez de fallecer hubiera quedado inválida. Creo que para resolver este caso, hubiera sido conveniente delimitar el contenido de servicio médico hospitalario para averiguar cuál es la obligación que pesa sobre el centro sanitario en relación con los pacientes que ingresan en él por la vía de urgencia y, con especial hincapié, el general de servicio público, porque actualmente la noción de servicio público parece que sea un saco sin fondo (32). En el supuesto que ahora se trata hay que analizar si el servicio público de urgencia de un centro sanitario es o no custodia del paciente, o su labor es únicamente asistencial y que, por lo tanto, no está obligado a prestar una atención de vigilancia psiquiátrica continuada. Además debería haberse tenido en cuenta que la paciente ingresó por el servicio de urgencias, a causa de una intoxicación de barbitúricos y alcohol, con intentos de autolesión, procedimiento que ya había utilizado en ocasiones anteriores para causarse la muerte y no por defenestración o cualquier otro modo de suicidio, lo que lleva inevitablemente a preguntarse hasta qué punto era previsible que la paciente usara en su próximo intento de suicidio un método tan agresivo y distinto a los hasta entonces utilizados.

Para analizar este supuesto de responsabilidad es preciso, por otro lado, delimitar la frontera de la responsabilidad hospitalaria de la estrictamente médica, porque los deberes y obligaciones en cada una de estas prestaciones tienen un contenido diverso.

(31) *Vid.*, entre otras STS de 4 de junio de 1980, 11 de marzo de 1988 y de 22 de septiembre de 1995.

(32) *Vid.*, PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad Civil médica...», *op. cit.*, p. 88 y ss.

Como explican algunos autores que han estudiado el tema (33), con carácter general el objeto de los servicios hospitalarios puede estar constituido por dos tipos de prestaciones: la prestación del acto médico en toda la amplitud y la prestación de alojamiento y otras prestaciones accesorias al tratamiento médico propiamente dicho. En este sentido, cuando la institución hospitalaria asume la prestación del acto médico, este establecimiento realizará el cumplimiento de sus obligaciones por medio de los médicos que pertenezcan a su organigrama o cuadro facultativo, según las diversas modalidades contractuales que pueden darse en el ejercicio colectivo de la profesión médica. En consecuencia, habrá que estar al contrato celebrado entre la institución sanitaria y el médico para concretar las posibles responsabilidades médicas en que se haya podido incurrir, siendo aplicables todos y cada uno de los supuestos generales de la responsabilidad civil médica (*v.gr.*, prestación culposa de los servicios médicos: falta de diligencia debida, falta o fallo de medios técnicos, etc., ...). En cuanto a la estricta asistencia hospitalaria se deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos que en general deben reunir los distintos tipos y clases de hospitales en cuanto a su cobertura y equipamiento (*v.gr.*, en los daños procedentes de actos de funcionamiento habrá de verse si los servicios hospitalarios están limitados a la prestación de alojamiento y asistencia general o a otras prestaciones accesorias al tratamiento médico).

Parece que en el fondo no se trata estrictamente de un problema de responsabilidad médica, sino más bien de responsabilidad hospitalaria, tomadas las obligaciones del centro sanitario en su justo contenido: prestación de alojamiento y asistencia general, sin que pueda atribuírsele un contenido de custodia específico, característico de centros especializados. En un primer juicio de aproximación al problema se puede pensar que el deber de vigilancia que existía en el supuesto de estudio es el general de evitar los posibles daños que pueda sufrir cualquier paciente, pero no es mayor o específico por el hecho de tratarse de un centro hospitalario general (aunque siempre sería posible

(33) *Vid.*, entre nosotros, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil médica*, La Ley, año VII, n.º 1.548, 25 de septiembre de 1986, p. 191 y ss.; ATAZ LÓPEZ, «*Los médicos y la responsabilidad civil*», ed. Montecorvo, Madrid, 1985; FERNÁNDEZ HIERRO, «*Responsabilidad civil médico-sanitaria*» ed. Aranzadi, Pamplona 1984; IZQUIERDO ALCOLEA, «*Responsabilidad civil de los centros hospitalarios (STS de 30 julio de 1991)*», Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Madrid, nov.-dic. 1990, p. 35 ss.; MANRIQUE LÓPEZ, «*La responsabilidad civil y penal del médico en el ejercicio de sus funciones*», Revista del Trabajo, n.º 63 y 64, p. 313 y ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA, «*Derecho médico*», vol. I (Derecho médico general y especial), ed. Tecnos, Madrid 1986; SEJAS QUINTANA, «*Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos*», Actualidad civil, 1995, 16, p. 301 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, «*Responsabilidad médica...*», *op. cit.*

alegar una negligencia médica en el diagnóstico, pronóstico o en el tratamiento (34)).

III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS SUICIDIOS

Como se ha dicho más arriba puede resultar revelador realizar un análisis, aun brevísimo, de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes sobre los casos de suicidio para intentar averiguar cuáles son los motivos que impulsan a condenar o no a los centros sanitarios, penitenciarios y militares al pago de una indemnización a los parientes que han sufrido daños, del tipo que sea, por estos fallecimientos.

Hay que advertir desde ahora que la jurisprudencia en estos casos es oscilante.

A) Reclamación de indemnización de daños por los suicidios.

La primera sentencia que merece atención es la dictada el **10 de diciembre de 1987**, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la que estimó pertinente la indemnización procedente del resultado de muerte por suicidio a que llegó una enferma ingresada en un sanatorio Psiquiátrico de Mérida a la que no se le prestó la debida vigilancia, no obstante el historial patológico, el intento de suicidio que ya había protagonizado ante un médico-becario y los «prudentes consejos» que al respecto había ofrecido una monja del hospital (35).

(34) A este respecto, sería conveniente reflexionar, si acaso una vez más, sobre las consecuencias que provocan los cada día más frecuentes procedimientos judiciales seguidos contra los profesionales sanitarios ante el menor incidente, percance o error médico. Comparto con FERNÁNDEZ DE SEVILLA la idea de que «no hay que poner en duda que la impericia, la negligencia, la incompetencia y la irresponsabilidad deben ser siempre castigadas, pero es distinto tratar de hacer un negocio del dolor e incluso de la propia muerte, dadas las cifras que por regla general se solicitan en concepto de responsabilidad civil». Tenemos cerca el ejemplo de los países de nuestro entorno en los que se está asistiendo a la aparición y desarrollo de la llamada *Medicina defensiva*. «Se trata de un fenómeno surgido como reacción lógica del profesional sanitario ante el temor de verse involucrado en cualquier incidente que lleve consigo la asunción de riesgos que pueden serle imputados». Este temor origina que los profesionales de hoy en día, y aunque parezca un sarcasmo, se curen en salud y multipliquen los exámenes, análisis, radiografías y renuncien a una técnica sencilla de diagnóstico con tal de no asumir riesgos que de no hacerlo más tarde se les podrían imputar. Pero ocurre que todo esto tiene un gran coste económico porque en la mayoría de los casos no es necesario aplicar todos estos medios y sin embargo el médico los prescribe única y exclusivamente para protegerse frente a las potenciales demandas. *Vid.*, DE ANGEL YAGÜEZ, «Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias», en *Derecho y Salud*, vol. 3, n.º 1, 1995, p. 41 y ss.

(35) En esta sentencia frente a la pretensión indemnizatoria de los familiares, la parte demandada excepcionó la inadmisibilidad del recurso por ser extemporáneo al entender que la vida no es un bien indemnizable y por no poderle ser imputado el daño.

En lo que se refiere al problema de la imputabilidad afirma que «en nuestro ordenamiento basta la existencia de un resultado dañoso, efectivo, evaluable económicamente e individualizable respecto a una persona o a un grupo de personas para que surja la obligación de indemnizar sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad ampliamente visible entre el comportamiento del enfermo, la asistencia sanitaria prestada y su posterior suicidio sin ruptura de esa relación donde se prescinde del carácter culposo o no del acto originador del daño, por cuanto son inoperantes las condiciones de insuficiencia del sanatorio donde ocurrieron los hechos.

El Tribunal Supremo aceptando y haciendo suyos estos fundamentos que eran de la sentencia apelada introduce uno solo en el que abundando en lo razonado por órgano inferior añade lo siguiente: «El razonamiento hecho por la Diputación Provincial de Badajoz tendente a demostrar la ruptura del nexo causal basándose en que el suicidio se origina por la única y exclusiva voluntad del suicida es muy probable que mereciera el rechazo de los especialistas en psiquiatría y, desde luego, no aparece avalada por ninguno de ellos en este proceso. *Pero en todo caso*, el nexo causal se mantiene intacto desde el punto y hora en que es evidente que la Administración ha incurrido por lo menos en culpa *in vigilando*, y es su negligente vigilancia la que ha permitido el desencadenamiento de ese resultado de muerte. *Por lo que es evidente también* que el servicio de vigilancia al acogido en el hospital psiquiátrico ha funcionado anormalmente, con lo que estamos claramente ante el supuesto de responsabilidad extracontractual que incluso está incorporado ya hoy al artículo 106.2 de la vigente Constitución de 1978. En cuanto a la afirmación que, con visos de profecía, se hace de que seguirán ocurriendo suicidios en establecimientos de este tipo, no parece que pueda ser tomado en consideración a efectos de eludir el principio de responsabilidad extracontractual en este caso concreto, ni tampoco en esos que anuncia como de producción inevitable, siempre que el resultado de muerte derive del funcionamiento del servicio cuya prestación tiene encomendada el hospital psiquiátrico».

La sentencia de instancia entendió que ni la experiencia de los Tribunales ni la técnica jurídica amparan tal aserto, «pues si bien es cierto que se ha producido una desviación desde el art. 1902 y 1903 del Código Civil hacia el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, no lo es menos que la posterior Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado prescinde del ámbito expropiatorio *asentando la responsabilidad en "toda lesión"*. Y no es preciso argumentar su existencia, no en el fallecido, sino en sus familiares e incluso en personas unidas afectivamente cuyo daño sea objetivamente ilícito, es decir, *en cuanto los que lo han sufrido no tenían el deber jurídico de soportarlo*, que haya dado lugar a un perjuicio económicamente evaluable, lo que si bien no es medible como magnitud física, sí lo es conforme a la sociedad implantada como necesario, *de lo que los Tribunales* están llenos de sentencias de indemnizaciones por causa de fallecimiento». Zanja, por lo tanto, el problema de la indemnizabilidad del daño por el fallecimiento basándose en dos argumentos de peso: la ilicitud objetiva del daño, ilicitud que es entendida como el no tener el deber de soportar el daño causado y en las innumerables causas, pleitos y sentencias que existen solicitando, reclamando y otorgando indemnizaciones por causa de muerte.

Siendo como es de gran importancia el pronunciamiento del Tribunal Supremo en torno a la cuestión de si el suicidio (no inducido, ni auxiliado, ni llevado a cabo por personas incapacitadas judicialmente que estuviesen sometidas a representación legal) debe reputarse jurídicamente como un hecho únicamente imputable a su autor y, por consiguiente, no susceptible de reclamación de responsabilidad de terceros, en este caso en el que parece que el letrado con sus argumentos lograría que se decantase por alguna solución, pasa de largo y lleva a cabo un razonamiento que parece contradictorio. Me explico: diciendo que seguramente desde el punto de vista de los expertos en psiquiatría no parece probable que se trate de un acto voluntario, aunque lo fuera, no rompería el nexo causal al existir culpa *in vigilando* del centro hospitalario y es esta negligencia la que provoca el resultado de muerte. Pues bien, dos son las cuestiones: o el Tribunal no utiliza en su argumentación esa expresión «*pero en todo caso*» para no dar lugar a confusión en su interpretación, o necesariamente se ha de entender que lo que quiere decir es lo que efectivamente dice o lo que es lo mismo, que aunque se estimase que el suicidio es un acto libre y voluntario del agente, la responsabilidad recaería de todas formas en un tercero ajeno a esa voluntariedad, toda vez que no lo haya evitado siendo previsible. Pero es que, además, redondea su exposición afirmando que «*por lo que es evidente también*» que el servicio de vigilancia ha funcionado anormalmente. En resumen, el Tribunal en su único fundamento (aunque se adhiere a lo dicho en Primera Instancia) viene a afirmar que: 1.º aunque el suicidio fuese un acto voluntario existiría responsabilidad siempre que el centro hospitalario hubiera actuado negligentemente porque es esta negligencia la que desencadena el resultado de muerte; 2.º que la negligencia se comprueba al haberse suicidado el paciente y 3.º que la profesión de que seguirán ocurriendo suicidios en establecimientos de este tipo no puede tomarse en consideración. A este último punto, quizá fuera conveniente hacerle una matización, puesto que efectivamente seguirán ocurriendo estos sucesos en centros psiquiátricos especializados en enfermedades mentales (en las que muchas de ellas llevan aparejada la idea de la autodestrucción por parte del paciente), pero es que además queriendo ser incisivo se puede llegar a afirmar que se aumentarán por las razones que se exponían al comienzo de este trabajo.

En la STS de **13 de junio de 1988** la Sala Cuarta resuelve un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración por el mal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, pero en esta ocasión entiende que aun existiendo nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el mal funcionamiento del hospital psiquiátrico éste no es causa eficiente, ni suficiente para la imputación del hecho de la muerte del suicida. De este modo, explica que el fallecimiento, aun habiéndose producido en el ámbito de su organización y como consecuencia del anormal funcionamiento de su Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias, en una relación de causa a efecto directa, inmediata y exclusiva, sin incidencia de fuerza mayor, hecho de un tercero o conducta propia de los perjudicados no le puede ser imputado a la Administración.

Los antecedentes de hecho necesarios para entender el supuesto son los que siguen: El hijo de los recurrentes, de 27 años de edad y enfermo psíquico, *ingresó voluntariamente y acompañado de éstos* en el Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias del Ayuntamiento de Barcelona, establecimiento que, *aunque de carácter abierto, controlaba la salida y entrada de los enfermos y las visitas a los mismos*, a fin de ser sometido a tratamiento, permaneciendo en él algún tiempo. El día de autos (12 de septiembre), al igual que había hecho en cinco ocasiones anteriores, *si bien tras hacerlo era reintegrado al establecimiento por sus padres*, se ausentó de éste sin autorización y, *una vez en casa de sus padres* y tras ducharse, aparentando tranquilidad en todo momento, se lanzó desde un balcón a la calle y resultó muerto.

Pues bien, habiendo sucedido así los acontecimientos, según el Supremo «necesariamente ha de concluirse en la inconcurrencia del supuesto necesario para la responsabilidad patrimonial administrativa. Ciertamente *el funcionamiento del Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias del Ayuntamiento de Barcelona, precisamente anormal* en cuanto debía controlar la salida del fallecido hijo de los actores, fue un condicionante de que éste pudiese llegar al domicilio familiar y de que una vez en él se lanzase por el balcón y feneciese, en la medida de que sin el mismo los hechos no se habrían producido de esa manera; mas ello *no es suficiente para que la circunstancia de esta muerte, generadora del daño de los recurrentes, pueda ser imputada al Ayuntamiento de Barcelona* y hacerle patrimonialmente responsable de ella, al no haber sido causado por el funcionamiento de su servicio y dentro de su ámbito la producción de la misma: *aquél podrá haber sido una condición suya, pero no su causa eficiente, próxima y verdadera*, y de éste se había sabido ya quien resultó muerto, integrándose en otro distinto, rompiéndose de esa forma el necesario nexo causal. En efecto, si no por fuerza mayor, obviamente, y sólo forzosamente por la propia acción del fallecido, por cuanto para ello habría que atribuirle voluntariedad, lo que su estado mental hace poco posible, es claro que *la conducta de los padres, recurrentes, haciéndose cargo de su hijo y no reintegrándolo inmediatamente al centro asistencial del que se había marchado, hizo que éste quedase fuera del ámbito organizativo municipal y únicamente a su cuidado, desapareciendo así todo enlace causal entre el anormal funcionamiento del Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias y el fallecimiento del mismo*».

También esta decisión judicial merece un comentario. Ante todo, hay que volver a recordar de que se trata de un pronunciamiento de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y este dato aunque a primera vista pueda parecer intrascendente no lo es. Existe una cierta unanimidad dentro de esta jurisdicción en estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se trata de actos suicidas de manera restrictiva y excepcional. Quizá se pueda afirmar, sin que ello sea óbice para su posterior confirmación fáctica, que es ésta la jurisdicción que más rigurosa y estrictamente aplica las normas de responsabilidad civil. En

este caso, a juicio del Tribunal fue la omisión de los padres de no reintegrar al hijo al hospital y que el suicidio tuviera lugar fuera de su ámbito de organización lo que rompe el nexo de causalidad necesario para proceder a la responsabilidad. ¿No habría sido más acertado decir que es el hecho de que el suicidio tuviese lugar bajo el techo de los padres del fallecido lo que hace necesario excluir la responsabilidad del ente hospitalario?, ¿o es que los padres no están también obligados a una diligencia *in vigilando* en estos casos? Parece que si se debe predicar de unos habrá de predicarse también de otros y que será en todo caso el grado de diligencia exigible lo que deba cuestionarse y no la existencia o no de dicho deber. Aun con todo, parece que la postura final adoptada en esta sentencia es la correcta.

El Tribunal Supremo en sentencia de **30 de julio de 1991**, de la que fue ponente el mismo magistrado de la que origina este estudio, aplicó la concurrencia de culpas en el fallecimiento del suicida entre el centro de salud recurrente y el hijo del demandante, pero de un modo particular. Se trataba del suicidio de un paciente, que había sido ingresado de urgencias en una clínica madrileña por presentar una descompensación cardiocirculatoria y que, desde un mes antes, se hallaba internado en un centro para enfermos mentales en el que recibía tratamiento psiquiátrico por una reagudización de su cuadro depresivo con signos de involución senil. En el momento de su ingreso no se le hizo saber a la clínica este último dato. El hijo del paciente, que le acompañó la primera noche, a la mañana siguiente se ausenta de la clínica sin ponerlo en conocimiento del personal sanitario. El anciano, al sentirse solo, se comportó de forma anormal, por lo que la clínica intentó localizar varias veces al hijo. Tras muchos intentos consiguió hablar con su esposa, quien les contó la procedencia del anciano de un centro psiquiátrico. Esa tarde cuando regresa el hijo a la clínica se le comunica la conveniencia de que algún familiar permanezca con el paciente dado el comportamiento que anteriormente había tenido por encontrarse solo. A pesar de la advertencia, el hijo desaparece de nuevo del hospital sin avisar al personal, pero no sin antes atar a su padre a la cama con unas sábanas. El anciano al encontrarse solo y atado logra liberarse de sus ataduras y se sumerge en una bañera de agua hirviendo que le provoca quemaduras de segundo grado en el 27% de su cuerpo y posteriormente la muerte. El hijo del fallecido reclama a la clínica una indemnización de 10.000.000 de pesetas por la negligencia con la que actuó el personal de la misma.

En este caso el hilo conductor del pronunciamiento del Tribunal Supremo fue el siguiente: «Entre las obligaciones del personal de un centro hospitalario se encuentra la de prestar (cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias profesionales), la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados en el mismo, según requiera el estado de cada uno, sin poder, en principio hacer recaer el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones en los familiares del enfermo, siendo ésta la conducta observada por los demandados,

aquí recurrentes, al exigir la permanencia en la habitación del paciente de un familiar, para vigilarlo ante las imprevisibles y anómalas reacciones o actitudes que aquél, por la enfermedad psíquica que padecía, pudiera adoptar al quedarse solo en la habitación, por lo que ha de calificarse de culposa o negligente la conducta de los demandados, *al hacer dejación en un extraño de sus deberes profesionales* y al consistir la culpa o negligencia en la omisión de la diligencia exigible, cuyo empleo podía haber evitado el resultado dañoso, y todo ello sin perjuicio de que por las circunstancias atípicas concurrentes en el supuesto litigioso, haya de ser también valorada y tenida en cuenta la anómala conducta que observó el hijo del enfermo. Por lo que respecta al nexo causal entre las quemaduras y el posterior fallecimiento del enfermo... tanto si se tiene en cuenta la llamada doctrina de la equivalencia de las condiciones, resumida en el aforismo "*condictio sine qua non*" (*sic*), en el sentido de que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiese dado, como si se aplica la doctrina de la causalidad adecuada, que exige la aptitud de la causa para producir el resultado, ha de concluirse que *las quemaduras contribuyeron, con causalidad eficiente y adecuada, al fallecimiento*, como lo expresa claramente el informe de la autopsia».

Para estimar la concurrencia de culpas, que no su compensación, el Tribunal alega que «el recurrido aceptó la exigencia o recomendación de la clínica de que un familiar había de permanecer en la habitación del enfermo con la única misión de acompañarle, dado el estado de irritabilidad y excitación nerviosa en que se hallaba por su padecimiento psíquico y, no obstante dicha aceptación, después de atar a su padre con una sábana se ausentó de la habitación dejándolo solo, de lo que no consta que diera aviso a la supervisora de planta ni a ningún otro empleado de la clínica para *que hubieran adoptado las debidas medidas de acompañamiento y vigilancia del enfermo*, el cual al encontrarse solo en la habitación, se introdujo en la bañera con agua a muy elevada temperatura, lo que le produjo las quemaduras. La expresada conducta del recurrido ha de ser calificada como culposa o negligente, pues habiendo aceptado acompañar a su padre y dado el estado psíquico de éste, debió prever que si le dejaba solo podía producirse alguna reacción anormal por parte del mismo, como efectivamente se produjo, por lo que si tenía necesidad de ausentarse de la clínica, debió avisarlo previamente al personal de la misma, en vez de marcharse en la forma subrepticia y anómala en que lo hizo, *de donde se infiere que el reproche culpabilístico que a él le corresponde es de mucha mayor proporción e intensidad* que el atribuible a la supervisora de planta, pues ésta se hallaba en la confianza y convicción de que el enfermo estaba acompañado por su propio hijo y de que *no entraba dentro de lo previsible que éste lo abandonara en la anómala forma en que lo hizo*. Al no haber la sentencia recurrida tenido en cuenta dicha concurrencia de culpas por parte del demandante, es evidente que incurrió en la infracción denunciada, por lo que el motivo ha de ser estimado, *debiendo ser reducida la indemnización a la cantidad de 1.000.000 de pesetas*».

No deja de ser sorprendente el hecho de que el propio Tribunal estime un mayor reproche culpabilístico por parte del hijo que reclama la indemnización, que además afirme que el personal de la planta no podía prever el hecho de que el anciano se quedara solo sin previo aviso y, por tanto, la necesidad de poner en marcha todas las medidas tendentes a la vigilancia del enfermo y que, finalmente, extraiga como consecuencia de estos argumentos la reducción de la indemnización y, por ende, la responsabilidad del centro sanitario.

La siguiente sentencia es de la Audiencia Provincial de Palencia de **31 de julio de 1993** en la que se resuelve un caso similar.

Se estima que el beneficiario de las prestaciones de la Seguridad Social, que por una enfermedad es internado en un centro público dependiente de aquélla, en caso de sufrir un daño por culpa del personal que le atiende, goza de la acción extracontractual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto del personal sanitario a quien quepa imputar la autoría directa del daño por culpa *in operando*, cuanto del INSALUD, entidad pública dotada de personalidad jurídica para la que aquél presta sus servicios, bien separada o conjuntamente, por cuanto ambas responsabilidades tienen un carácter directo y solidario.

En este caso el hecho que sirve de base a la acción ejercitada consiste en el ingreso de una persona en la planta de Psiquiatría del Hospital General Río Carrión de Palencia, como consecuencia de un intento de suicidio. El paciente tenía numerosos antecedentes de ingresos psiquiátricos a causa de un cuadro depresivo con tentativas de **suicidio** anteriores. Dieciocho días después de su ingreso, consigue salir de dicha planta sin ser observado y accede hasta la planta decimoprimer, para acto seguido arrojarse por una ventana, falleciendo como consecuencia del brutal impacto sufrido.

«Resulta evidente que ante el ingreso de un paciente por enfermedad psiquiátrica, el centro hospitalario no sólo resulta obligado a prestarle la asistencia médica, farmacológica o asistencial necesaria para sanar, o al menos remitir en lo posible el padecimiento, sino también a poner todos los medios necesarios para evitar cualquier daño que pueda causarse a sí mismo o al prójimo, eventos perfectamente previsibles, dadas las imprevisibles y anómalas reacciones que son propias de las enfermedades psíquicas, más aún cuando atraviesan fases agudas o crisis que suelen ser el desencadenamiento del ingreso hospitalario. Es imprescindible, pues, el poner en juego unos medios humanos y materiales de seguridad y vigilancia que, perfectamente compatibles con la dignidad del enfermo, garanticen los bienes jurídicos superiores que suponen la vida e integridad física, tanto propias como ajenas.

En el caso que nos ocupa es evidente que dichas medidas, que debían extremarse aún más, dados los amplios antecedentes de autolisis del paciente, fallaron o no se adoptaron, por un descuido tanto del personal que en ese turno tenía encargado el control de la entrada y salida

a la planta de Psiquiatría, cuanto de aquellos otros encargados de la general vigilancia o asistencia, que no se apercibieron de la ausencia del paciente.

Consecuentemente, la entidad pública empleadora del personal y encargada de prestar la asistencia sanitaria al enfermo, ha de responder del daño causado a tenor del art. 1903 del Código Civil, pues es evidente que incurrió en las tres culpas que la Sentencia impugnada correcta y cumulativamente le imputa, tanto *in vigilando* e *in eligendo* respecto al personal que de la misma dependía, cuanto *in organizando*, al no contar con el oportuno sistema».

En una resolución posterior de la Sala de lo Civil del TS de **5 de diciembre de 1994** analizando la responsabilidad extracontractual objetiva y la teoría de la creación del riesgo de tan frecuente aplicación a los casos de accidentes de circulación y a aquellos otros en los que el responsable crea el riesgo, se recuerda que es doctrina general que la creación del riesgo supone una objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos en que la pura culpabilidad del agente se ve alterada por ciertas situaciones creadas inicialmente, y que evidencian la ausencia de una más cuidada previsibilidad.

Se trataba en este caso del suicidio de un guardia de seguridad que, mientras prestaba servicio en la empresa a la que pertenecía, decidió poner fin a su vida pegándose un tiro con el arma reglamentaria. Los familiares del fallecido reclamaban de la empresa una indemnización al entender que era responsable directa de su suicidio. La empresa alegaba que no le era imputable negligencia alguna, porque el propio empleado y sus familiares le habían ocultado la esquizofrenia que padecía. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. En grado de apelación, la Audiencia desestimó la pretensión y el TS declara no haber lugar al recurso de casación basándose en los siguientes fundamentos:

«La fundamentación jurídica, que preside toda la argumentación del presente recurso, tiene su base en la pretendida aplicación al caso de la doctrina referente a la “teoría de la creación del riesgo”, lo que supone una objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual, en aquellos supuestos en los que la pura culpabilidad del agente se ve alterada por ciertas situaciones creadas inicialmente y que evidencian la ausencia de una más cuidada previsibilidad. El recurrente cita textualmente una abundante doctrina jurisprudencial que expone esta correcta orientación interpretativa del artículo 1902 del Código Civil, pero silencia el contenido del fundamento de tales resoluciones, en el que se hace referencia a los supuestos fácticos tenidos en cuenta para la aplicación de esta doctrina... Pero éste no es precisamente el caso que nos ocupa, en el que la empresa de vigilancia, para la que trabajaba el fallecido, no crea riesgo de clase alguna, pues actúa dentro de una correcta normalidad legal y lógica. Son, en todo caso, los propios fami-

liares demandantes, los que crean la situación de verdadero riesgo, no sólo para su hijo, sino también para unos posibles terceros, dejando de advertir y silenciando la enfermedad que padecía el finado, cuando conocen que va a colocarse en una actividad que lleva aparejada la tenencia de armas de fuego. Conocían, desde hacía bastantes años, los padecimientos de su hijo, necesariamente habían tenido que ser testigos de situaciones de crisis, puesto que vivían en el mismo domicilio y su conducta ocultista no se ajustó a la diligencia que exigían las circunstancias del caso. La empresa desconoció en todo momento, el padecimiento que desde antiguo padecía el aspirante al empleo, le exigió la documentación reglamentaria e incluso el uso del arma tenía necesariamente que estar avalado por una licencia expedida por la Guardia Civil, previo el certificado de un examen psicotécnico practicado por un equipo médico y psicológico, ya que el Reglamento de Armas así lo exige. La mayoría de las enfermedades mentales son difícilmente apreciables a primera vista y mientras una legislación encomiable no lo exija, no puede ser imputable a las empresas de seguridad, las consecuencias de no haber practicado a sus empleados un costoso y complicado examen psiquiátrico, cuando los interesados ocultan la enfermedad, e incluso legalmente aparecen autorizados por el Estado para el uso de las armas».

En la sentencia de **17 de mayo de 1995** el Tribunal Superior de Justicia de Navarra tuvo la oportunidad no sólo de entrar a estudiar la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual en estos casos, sino de aplicar las leyes n.º 488 y 493 de la Compilación de Derecho civil de Navarra en materia de responsabilidad civil. Se trataba del ejercicio de la acción de indemnización (80.000.000 de pesetas) por parte de los familiares de un suicida que se había fugado del centro hospitalario. El TSJ de Navarra en sus fundamentos de Derecho, por los que desestima el recurso interpuesto por el centro sanitario, lleva a cabo un repaso detallado de la jurisprudencia más reciente sobre este tema.

A decir del Tribunal, el recurso de casación civil foral interpuesto por la Clínica Universitaria de Navarra no empezó con buen pie, puesto que el letrado adujo los siguientes motivos: 1.º) Que se trataba del ejercicio de una acción por culpa extracontractual y, que por lo tanto, a los profesionales sanitarios no les es aplicable la doctrina de la responsabilidad quasi-objetiva o por riesgo, y no existiendo la inversión de la carga de la prueba, la parte reclamante debería probar la culpa, no en los resultados, sino en los medios utilizados. 2.º) Que la sentencia se había adentrado en la Medicina Psiquiátrica, interpretando la «*lex artis*» aplicable en estos casos, lo que era muy difícil. Además había desoído los innumerables dictámenes periciales obrantes en autos, que estimaban que a un Centro Asistencial, no Custodial, no podía exigírsele, en la acogida de enfermos psíquicos, más que la adopción de unas medidas de seguridad o control generales, pues no se puede reducir al enfermo o vigilarlo permanentemente, ya que ese no es el sistema moderno

de curación. 3.º) También entendía que estas medidas y la vigilancia exigible se habían cumplido en este caso, y negaba que la otra parte hubiera probado, como le incumbía, la existencia de negligencia en el personal y que la sentencia no decía qué otras medidas de vigilancia o custodia, por encima de las existentes, podían en este caso aplicarse. 4.º) Negaba, por lo demás, la relación de causa a efecto entre la fuga y el suicidio, pues transcurrió bastante tiempo entre ambos hechos, y éste, dado el lugar de la fuga, se pudo producir antes y en otros sitios, por lo que no era consecuencia una cosa de la otra, sino que había actuado sólo la libre voluntad de la interesada manifestada en el momento preciso.

Pues bien, sobre si se ejercita una acción por culpa contractual o por culpa extracontractual o aquiliana, el Tribunal estima que, en este caso, parece, en principio, que existía una relación obligacional entre la clínica demandada y su paciente, en cuanto aquélla, dentro del sistema de conciertos con la Seguridad Social, asumió su tratamiento curativo, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. El tema está suficientemente resuelto hoy por la jurisprudencia más reciente, y así el Tribunal estimó que, «cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Queda patente, por lo tanto, que en el presente caso, a pesar de la relación obligacional preexistente (asistencia sanitaria), puede ser perfectamente exigible la conducta del agente por la vía extracontractual: en el supuesto de la pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*“alterum non laedere”*), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre de modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales».

Instalados ya en la responsabilidad extracontractual de la conducta examinada y de sus resultados, el Tribunal Superior de Justicia matiza la doctrina del Supremo, corrigiendo en parte los criterios generales de responsabilidad de los profesionales: 1.º) se afirma que, «en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales, no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba»; 2.º) más concretamente, «en la conducta de los profesionales sanitarios, queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando por tanto a

cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material física, ha de sumarse el reproche culpabilístico»; y 3.º) en fin, que «la obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia».

«Toda la doctrina jurisprudencial anterior, debe ser “cerrada” con las declaraciones del Tribunal Supremo, sobre la responsabilidad empresarial —Empresa médica, Clínicas, etc.—, que es la exigida en este caso y a tales efectos: 1.ª) el “art. 1902 es directamente aplicable a las personas jurídicas ..., cualquiera que sea la persona singular a través de la cual actúen, encomendándole el trabajo, sin asegurarse de los riesgos que efectivamente puedan surgir”; 2.ª) “sin desconocer la relación entre Seguridad Social y personal a su servicio, y la de la Seguridad Social y beneficiarios, no cabe entender y configurar que entre éstos y el personal que los asiste se establezca una relación contractual, y en consecuencia, los daños ocasionados por culpa, negligencia, imprudencia de quien los presta, no dejará de tener la cualidad de un extraño para el que los sufre, dando lugar a responsabilidad civil, para lo que habrá de ejercitarse la acción por culpa extracontractual” y 3.ª) sienta los siguientes criterios: “a) en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia sanitaria prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual ...; b) la responsabilidad derivada del art. 1903 del CC es una responsabilidad directa no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho y, c) en el presente supuesto litigioso, la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la clínica, que fue la que designó al médico que debía atenderla, por lo que la responsabilidad de la entidad, en cuanto propietaria de la clínica, también participa de la responsabilidad declarada respecto del médico a su servicio”».

Pues bien, el Tribunal Superior tras este largo análisis de la responsabilidad civil en general y específicamente la de los profesionales de la medicina entra de lleno en el caso concreto y rebate todos los motivos de casación alegados por la parte recurrente, a través de las siguientes consideraciones: A) no se trata, en el presente caso, de un supuesto de mera negligencia profesional médica, pues los diagnósticos y el tratamiento parecen los correctos desde el inicio de la crisis hasta el rebrote que se produjo de la patología de la enferma, ya que ésta fue en todo momento tratada de una depresión profunda con intentos de autodestrucción, que ya había padecido nueve meses antes; B) por lo tanto, no sería exigible una responsabilidad culposa en el presente caso

al personal médico propiamente dicho, que actuó correctamente e hizo las advertencias de vigilancia pertinentes, por el acusado riesgo de suicidio de la enferma, no pudiendo decirse tampoco que la clínica careciere de las medidas de vigilancia, sino que el tema se desplaza al punto relativo a si, en este caso concreto se pusieron o no en correcta aplicación las existentes; C) es evidente que los medios de vigilancia fallaron en este caso, pues la advertencia no podía ser más clara, ante el diagnóstico de la paciente y su primer intento de huida, por lo que aquí sí era exigible que se extremaran las mismas al momento de las visitas familiares, para evitar, por un lado, que saliera durante la apertura de la puerta de la planta, y por el otro, para mantener un exquisito control de las entradas y salidas a través del monitor de televisión existente, y sólo a ello se debe la imputación de responsabilidad que se ha hecho; D) mediante dicha exigencia, no se transgrede la «*lex artis*» aplicable a las Plantas Psiquiátricas Asistenciales, que si bien tenía las medidas de prevención pertinentes, exigibles dentro del sistema de libertad de movimientos controlada del paciente, éstas debieron actuar al máximo rigor ante un caso de peligro evidente y anunciado, o proceder al traslado del enfermo, si se estimaba que su riesgo no podía ser controlado con medidas, a otro Centro Psiquiátrico General, o propiamente custodial, tratándose, pues en este caso, más bien de una responsabilidad empresarial (custodia dentro de los medios de asistencia, sin rebasar aun éstos) que esencialmente médica; y E) la relación de causalidad entre esa falta de vigilancia, que propició la fuga, y la consumación del suicidio, se da en el presente caso, dada la claridad de los síntomas advertidos, pues la vigilancia, que se anunció como extrema en este caso, lo era para evitar en definitiva tal conclusión fatal.

B) Contratos de seguro y suicidio.

También nuestro alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema con referencia a los **contratos de seguro**. A juicio de quien escribe es importante decantarse por una solución o por otra en estos casos tan extremos, puesto que en el momento en que se generalicen las indemnizaciones a los centro de salud por los suicidios de sus pacientes la práctica aseguradora de las actividades sanitarias cambiará su *modus operandi*.

En STS de **20 de noviembre de 1991** la **Sala de lo Civil** examinó la aplicación a estos supuestos del artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre.

La demandante reclama a la aseguradora la indemnización correspondiente al Seguro de accidentes que su esposo fallecido tenía contratado, puesto que entendía que el fallecimiento fue debido a la acción de terceros (homicidio o asesinato) y no a un suicidio. En la prueba pericial practicada, un psiquiatra dictaminó que existió suicidio y aunque el médico forense afirmó que el esposo de la actora sufría trastornos mentales, que le pudieron incitar al suicidio, no consta que en el momento en el que tomó esa decisión se hallara inconsciente, ni que

con anterioridad tuviese fases de inconsciencia, sino meramente de decaimiento y depresión.

Ante estos hechos las pretensiones fueron rechazadas y en casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, al entender que: «No hubo infracción del art. 93 de la Ley del Contrato de Seguro, toda vez que este Tribunal Supremo ha admitido la validez de la cláusula en el contrato de seguro de exclusión del suicidio. Al no resultar probado que el suicidio haya sido debido a causa inconsciente o involuntaria del propio asegurado, o haya sido consecuencia de una situación mental que le despoje de todo dominio sobre sus actos que originase inconsciencia o involuntariedad productora de carencia de valor de acto humano imputable a quien lo realiza y, tratándose de un seguro de accidentes, el asegurador queda liberado del cumplimiento de su obligación cuando el asegurado provoca intencionadamente el accidente (art. 102, párr., 1, de la Ley de Contrato de Seguro). Por otra parte, de la interpretación de dicho precepto legal la doctrina científica deduce razonablemente la inaplicación del artículo 93 al caso de un seguro de accidentes, no sólo porque en el artículo 100, párr. 2, no se menciona como aplicable al seguro de vida el art. 93, sino además porque la asegurabilidad del suicidio está en clara contradicción con el concepto de accidente contenido en el art. 100 párr. 1.º, y la norma del art. 102, párrafo. 2.º, que establecen que el accidente ha de ser ajeno a la intencionalidad del asegurado. En definitiva, queda excluido del seguro el supuesto probado en este pleito en que el asegurado se dio muerte sin hallarse en una situación patológica mental que afectase a la voluntariedad de sus actos, por tanto el asegurado provocó “intencionadamente” el accidente, pues no le faltó imputabilidad del acto; no tuvo lugar, por consiguiente, un hecho a encajar dentro del concepto de accidente que exige el art. 100, párr. 1, de la Ley de Contrato de Seguro. Por todo ello, este último motivo debe también decaer y con él la totalidad del recurso».

También la **Sala de lo Social** del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de entrar a profundizar en el tema del suicidio en las pólizas de seguro concertadas en virtud de convenio colectivo (art. 93 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre). Así en sentencia de **9 de marzo de 1987** desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la aseguradora Alfa Laval, S.A. contra la sentencia de la Mag. Trab., que había estimado la demanda promovida por la actora, reconociéndole la indemnización correspondiente por la muerte de su hijo que puso fin a su vida arrojándose al vacío desde lo alto de la fábrica donde trabajaba. Al tener la empresa concertado un seguro colectivo, es a ésta a la que se condena al abono de la cantidad. El Tribunal Supremo al interpretar el art. 93 de la Ley de Contrato de Seguro dice: «de la póliza vigente al acaecer la muerte del hijo de la actora no resulta la responsabilidad de la Compañía Aseguradora en cuanto a comprender el riesgo de aquélla al ser causada voluntariamente por el asegurado, es por la circunstancia de no haber transcurrido un año des-

de el momento de la formalización de la misma, y, en todo caso, en este supuesto concreto, la muerte de quien trae causa la actora para reclamar la pensión que postula como mejora voluntaria, aparece debida a enfermedad, al venir aquél tratado de trastornos psíquicos, habiendo estado internado en alguna ocasión en la sección de Neuro-psiquiatría del Hospital Provincial de esta capital».

En **Sentencia de 10 de febrero de 1988** el Tribunal Supremo vuelve a tratar del suicidio como riesgo excluible del contrato de seguro de accidentes. La actora dedujo demanda contra El Ocaso, S.A., solicitando la condena a la demanda de la cantidad de 15 millones de pesetas en concepto de beneficiaria de las pólizas de seguro, como consecuencia del fallecimiento de su esposo en accidente de tráfico, que la demandada niega en razón de una presunción de suicidio. El recurso de casación interpuesto por la demandante fue desestimado. Según el razonamiento del Tribunal:

«En efecto, el primero de los incisos del artículo 93 de la Ley del Contrato de Seguro queda eliminado desde el momento en que en la sentencia impugnada se declara que quedaba excluida la muerte por suicidio como siniestro indemnizable, según lo pactado por los contratantes al suscribir las pólizas correspondientes y porque se cumple la previsión legal al haberse producido el evento de suicidio en los términos en que se entiende normativamente y ocurrió en la realidad; y más si se tiene en cuenta que la sentencia recurrida en manera alguna establece que el suicidio apreciado como determinante de la muerte de don Marino M.C. haya sido debido a causa inconsciente o involuntaria del propio asegurado, o sea consecuencia de una situación mental que le despojase de todo dominio sobre sus actos que originase inconsciencia o involuntariedad productora de carencia de valor de acto humano imputable a quien lo realiza».

C) Otras decisiones.

También es significativo el pensamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el acto del suicidio cuando se trata de la **impugnación de un testamento** por falta de capacidad legal necesaria para testar deducida del suicidio del testador poco después de otorgar testamento. En este sentido, la **Sentencia de 1 de octubre de 1991** estima que el suicidio del testador no permite inferir que al hacer testamento no se hallara en su cabal juicio.

«La recurrente parece inferir la falta de juicio del testador de lo que denomina disparatado testamento como acto preparatorio a su planeado suicidio. El examen de las disposiciones *mortis causa* del causante en que designa herederos a sus tres hermanos y lega a su futura descendencia la legítima que le corresponda es, ciertamente, desfavorable a los intereses económicos de su hija póstuma, pero no puede sin más tildarse de disparatado, máxime desconociendo los motivos que pudieron conformar la voluntad del testador.

El causante otorgó testamento el día 5 de marzo de 1984 y se suicidó, ahorcándose, en la noche del 18 al 19 del mismo mes y año. De este hecho indiscutido la recurrente infiere que el testador no se hallaba en su cabal juicio mediante un razonamiento silogístico o más exactamente un entimema cuya premisa mayor implícita sería: «nadie que proyecte su suicidio y lo lleva a cabo está en su cabal juicio». La premisa menor, esto es, que el finado cuando acudió al notario ya tenía en mente suicidarse dos semanas después, cabe sospecharla, pero tampoco parece probada en autos, antes bien, éste llevó una vida normal durante el período inmediatamente anterior a su muerte voluntaria. Lo que sí debe rechazarse es la pretendida relación necesaria entre el suicidio y la falta de cabal juicio. Sin terciar en una polémica que aquí aparecería desplazada, cabe hacer unas afirmaciones poco discutibles que permiten enervar la argumentación del recurrente. Es frecuente la asociación entre situaciones mentales anómalas, especialmente de carácter depresivo y conductas suicidas. Pero ni esta relación se da siempre ni los estados depresivos afectan necesariamente a la capacidad testamentaria pues, si bien suponen trastornos de la afectividad y del estado de ánimo, en casos como el de autos en que el sujeto hacía vida prácticamente normal, el trastorno de la afectividad, la depresión, no altera la inteligencia y voluntad. Las graves sanciones eclesiásticas contra los suicidios y la repercusión social que las mismas tenían para los familiares (vgr. interdicción de enterramiento en lugar sagrado) han motivado invocaciones acerca de la conducta del suicida que se aceptaban sin demasiado rigor como pretexto para eludir las medidas sancionatorias incómodas para todos. Pero de esta práctica que sin demasiada violencia podríamos llamar piadosa no puede inferirse que la persona que pone fin a su vida lo haga siempre por no hallarse en su cabal juicio. Tal conclusión sería contraria a las enseñanzas de la psiquiatría e incluso al común sentir de civilizaciones. Basta recordar que un autor tan próximo al cristianismo como SENECA dedica una de sus Epístolas a Lucilio (la LXX) al tema de la muerte apetecible».

Tampoco deja de asombrar la disparidad de criterios existentes acerca del suicidio en nuestros Tribunales como refleja la **Sentencia de 17 de marzo de 1993** (Sala Primera), en la que se juzga la posible **intromisión ilegítima** en el derecho a la propia imagen por una publicación en portada en un periódico de la fotografía de un ahorcado que no era un personaje público. En la presente resolución de la Audiencia Provincial de Málaga se puede leer:

«La libertad de prensa, soporte fundamental de un Estado de Derecho, es un derecho limitado en su colisión con otros bienes jurídicos, pero debiendo darse a aquél un valor preeminente en cuanto contribuye a que el ciudadano obtenga información sobre lo que acaece en la sociedad. La fotografía recoge el suicidio de una persona, cuando aún pendía de la cuerda, imagen ciertamente patética, como la califica el Medio, y claramente innecesaria, máxime si tenemos en cuenta su ubicación y dimensiones. La muerte de un ser querido es un suceso doloroso para cualquier familia, que se acrecienta en los supuestos de suicidio, en cuanto *extinción de la vida de forma voluntaria y provocada*,

de personas que han perdido su dominio psicológico y capacidad de autocontrol, no pudiendo superar los conflictos reales o imaginarios con los que se enfrentan. Estas circunstancias conllevan un concepto peyorativo del suicidio, máxime en nuestro ámbito cultural, en el que se protege el derecho a la vida y prevalece un sentimiento común que se opone a la aprobación de la autodestrucción. Estas reflexiones nos llevan a declarar que si bien se puede aceptar como hecho noticiable un suicidio, sin perjuicio de su escaso valor y gusto, dicha información deberá ser proporcionada a la importancia y proyección del fallecido, que en este caso es muy escasa, por lo que no se le debió dar el relieve gráfico mencionado, ocasionándose con ello un daño moral en la familia del fallecido, afectando a su reputación y buen nombre, y aumentando innecesariamente el pesar que una pérdida tan lamentable, sorpresiva y dolorosa provoca, conducta que debe considerarse intromisión ilegítima, de la recogida en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Por último, debe declararse que, en este caso, ante la colisión del derecho a la información y el derecho a la intimidad debe prevalecer este último, dado que aquella se efectuó con clara extralimitación y publicidad innecesaria, dada la nula proyección pública del fallecido y su familia, a la que sin embargo se aumentó innecesariamente el sufrimiento por el negativo concepto que un suicidio irradia y proyecta sobre el resto del núcleo familiar».

D) Diversidad de criterios judiciales en materia de responsabilidad médico-sanitaria.

Tras leer los fundamentos de Derecho que llevan a nuestros Tribunales civiles (no así a los demás órdenes jurisdiccionales) a apreciar la responsabilidad de los centros médico-hospitalarios, por culpa *in vigilando*, cuando ha existido un suicidio de un paciente, no se puede por menos que compararlos con los criterios que reiteradamente viene aplicando en materia de responsabilidad civil y contractual de los profesionales sanitarios en otros supuestos (operaciones quirúrgicas, enfermedades contagiosas, utilización del personal auxiliar, etc., ...).

A este respecto y sólo a título ejemplificativo se pueden citar los siguientes pronunciamientos realizados por los Tribunales, (exclusivamente durante el año 1994):

1.ª) STS de 7 de junio 1994 (declara no haber lugar al recurso y ratifica la no responsabilidad del médico y del centro sanitario):

«...se continúa manteniendo la exigencia de un elemento intencional o culposo, no admitiendo, por tanto, el criterio de la responsabilidad objetiva, y se insiste en la noción de que el médico queda liberado de responsabilidad cuando el resultado sea atribuible a caso fortuito,

fuerza mayor o a una causa no normalmente previsible, dado que para que exista responsabilidad por culpa o negligencia se precisa que el suceso sea previsible; es decir, semejante doctrina viene, más bien, a apoyar el criterio de la recurrida, toda vez que en ésta se estimó que el hacer del médico se ajustó a la exigencia exigible al mismo, definida por las reglas del arte médico y se destacó la idea de inevitabilidad propia del concepto legal y doctrina del caso fortuito...».

2.^a) STS de 22 de julio de 1994 (la Sala 1.^a declara no haber lugar al recurso y estima la no responsabilidad del médico y del centro hospitalario):

«... indudablemente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores usuarios, es una especie de Ley “marco” que tiene carácter de principio general informador del ordenamiento... En relación con el art. 28.2 de dicha Ley, es deber que el régimen de responsabilidad a que se somete los productos y servicios que enumera, entre ellos, los servicios sanitarios, no es tan objetivamente puro como pretende la parte recurrente, ... la proyección de la susodicha Ley a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente, los acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible, del factor culposo o negligente prevenido en los arts. 1101 y 1902 del C.c. ...»

3.^a) STS de 10 de octubre de 1994 (la Sala 1.^a no casó la sentencia y estima que no hay lugar a la responsabilidad médica):

«...reiteradamente ha proclamado la jurisprudencia, que el contrato médico-hospitalario no es de resultado, es decir que comprenda la consecución y asegure obtener la prestación de salud que se demanda, como algo que pudieran aportar los médicos, sino más bien se refiere a la procuración de que éstos con todos los conocimientos y elementos a su alcance, traten de lograr el restablecimiento de la salud dañada en cada caso concreto. Cuando se ocasiona fallo constatado en dichos medios de curación, es cuando surge culpa y las consiguientes responsabilidades. En supuestos como el presente, la culpa no se desconecta de su subjetividad (art. 1104 C.c.) y sólo en otros muy especiales, la jurisprudencia ha alcanzado la objetividad. De esta manera es preciso que se dé culpa incontestable y debidamente probada, que actúe sobre el nexo causal que la relacione con el resultado dañoso ocasionado. La salud no adquiere seguridad total porque se someta a control médico, sino que su evolución presenta situaciones incontroladas, muchas veces difíciles de determinar y por ello de atajar, pues si esto fuera posible, sí podría aflorar conducta culposa o negligente, lo que sucedería en todos los supuestos de atención médica, ya que los médicos no cuentan en su disponibilidad científica la facultad, y menos el poder, de curar con absoluta exactitud y seguridad, por lo que no se les puede exigir, pero sí y con el mayor rigor posible, su diligencia, preparación

y atención continuada y en todo momento a los enfermos que a ellos se confían, por lo que su integridad profesional difícilmente admite fisuras...»

4.^a) *Sentencia de la AP de Málaga* (Sección 4.^a) de 26 de mayo de 1994 (desestima el recurso al no apreciar responsabilidad médica):

«... la exigencia de la responsabilidad médica reclama, ante todo, una valoración de la prestación a realizar en relación a la discrecionalidad en virtud de la cual debe permitírsele al facultativo que desarrolle su cometido. El médico precisa de una libertad de criterio para la elección de los sistemas terapéuticos adecuados al caso concreto conforme a los métodos de curación utilizados normalmente en casos similares, y que al efecto, se hubieren manifestado eficaces, debiendo comportarse pues, en la toma de decisiones con la prudencia, diligencia y pericia que las circunstancias demanden en el momento oportuno, de modo que el profesional sanitario o la organización hospitalaria, pueden incurrir en responsabilidad por el hecho de haber violado la obligación prefijada en el acuerdo de servicios profesionales que dejaron establecido con su cliente, dejando de realizar la actividad diligente, prudente y concienzuda que el enfermo esperaba que habría de coadyuvar a que él consiguiera el fin que se había propuesto, la curación de su afección. Esta obligación, conceptuada doctrinal y jurisprudencialmente como de “medios”, no de “resultado”, obliga pues no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello, su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable y patente que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que pueda exigirse al facultativo, el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, pidiéndole sacrificios desproporcionados, y sobrevenido el resultado lesivo, en el caso del fallecimiento del paciente, es preciso que éste no pueda atribuirse a estas circunstancias...»

5.^a) *Sentencia de la AP de Córdoba* (Sección 1.^a) de 20 de julio de 1994 (se desestima el recurso al no apreciarse responsabilidad en los médicos y el Servicio de Salud demandado):

«...sin que opere la inversión de la carga de la prueba, y estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse necesariamente el reproche culpabilístico, que pueden manifestarse, bien a través de la negligencia omisiva en la aplicación de un medio o, más generalmente, por medio de una acción culposa, eliminándose, en consecuencia, toda responsabilidad sanitaria cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa... Se exige el comportamiento culposo del personal sanitario para que surja la culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*” de la Administración con asiento en el párrafo 4.º, del art. 1903 C.c., donde se prevé su actuación como empresario privado causando unos daños por culpa o negligencia de sus empleados o dependientes. Expresamente se veda la objetivación de la

culpa no sólo del personal sanitario, sino también de las instituciones médico-quirúrgicas, o centros hospitalarios, exigiendo acreditar firmemente, sin dudas ni meras sospechas, que ha habido negligencia en la aplicación de la *lex artis ad hoc* en la prestación médica, lo que lleva a la jurisprudencia a aplicar en su sentido estricto los arts. 1902, 1903, 1101 y 1104 y concordantes del Código civil. Dicha doctrina es aplicable de igual forma, aun cuando se accione basándose en un defectuoso funcionamiento de los Servicios Sanitarios sin poder precisarse los elementos personales causantes del mismo lo que le hace responder, no por hecho ajeno, sino de forma directa por el tan repetido art. 1902... En el ámbito del Derecho administrativo y laboral, gana terreno, día a día, el principio de la responsabilidad objetiva que viene impuesto, en estos casos, por la exigencia de eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria que impone el art. 7 de la Ley 14/1986, de 24 de abril, sobre Sanidad, y en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de Seguridad Social conforme al art. 43 de la Constitución que, además, en su art. 106.2 lo parece consagrar constitucionalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos. Así, en tales casos sólo la fuerza mayor, con su requisito de inevitabilidad, tendrá eficacia para enervar una responsabilidad, cuya naturaleza objetiva, se deduce de cuanto se acaba de exponer, porque la asistencia sanitaria prestada por las Entidades Gestoras de los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección a la salud, que como tal está regido por el principio de la eficacia y permite dar entrada al art. 40 LRJAE, en relación con el art. 106.2 de la Constitución...»

6.^a) *Sentencia de la AP de Málaga* (Sección 4.^a) de 27 de septiembre de 1994 (desestimatoria del recurso al no haber quedado probados los presupuestos necesarios para que concurra la responsabilidad médica):

«...configurada la naturaleza jurídica de la obligación contractual del personal sanitario, no la de obtener en todo caso, la recuperación de la salud del enfermo —obligación de resultados—, sino una obligación de medios, por cuanto la misma alcanza no a curar al paciente, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; su responsabilidad y la del centro donde presta sus servicios —culpa *in vigilando* (art. 1903 C.c.)— ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes,... en definitiva, en la conducta de los profesionales sanitarios, queda en general descartada en su actuación personal, toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, situándose en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en todo caso, sin que se la pueda atribuir cualquier consecuencia por nociva que sea que caiga fuera de su campo de imputación, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, debiendo por tanto el perjudicado probar la relación o nexo de causalidad y la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico...»

7.^a) *Sentencia de la AP de Málaga* (Sección 6.^a) de 12 de septiembre de 1994 (se estima parcialmente la demanda y se reduce la cuantía de la indemnización):

«... la actuación de los médicos y profesionales sanitarios debe regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica o sanitaria y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, viniendo a caracterizarse la responsabilidad del médico por los requisitos de acción u omisión voluntaria, producción de un resultado dañoso y relación de causalidad entre lo uno y lo otro, y si bien la regla general en cuanto al “*onus probandi*” en el marco de la culpa extracontractual viene constituida por el principio de protección al perjudicado y socialización del riesgo, reconduciendo esta responsabilidad a la vía objetiva..., el principio no excluye por completo el concepto subjetivista de la culpa aquiliana y su necesaria concurrencia, y así en materia médico-sanitaria, en atención a las características especiales de las obligaciones propias de la función médica, se hace rechazable cualquier suerte de presunción de negligencia o de trasvase íntegro a la demandada de la carga probatoria acerca de su comportamiento diligente, quedando por tanto a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación de causalidad...»

8.^a) *Sentencia de la AP de Zaragoza* (Sección 5.^a) de 5 de octubre de 1994 (se acoge parcialmente el recurso):

«... la responsabilidad del médico ha de basarse en un culpa incontestable no bastando una mera probabilidad; la conducta médica debe estar presidida por la “*lex artis ad hoc*”, entendiéndose por tal aquel valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del actor, y en su caso de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida...»

9.^a) *Sentencia de la AP de La Rioja de 24 de octubre de 1994* (se desestima el recurso al no considerar responsable al médico y al centro sanitario):

«...para calificar el acto médico de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado, siendo sus notas: 1) Como tal “*lex*” implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: Valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Téc-

nica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia que se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “*lex*” es un profesional de la medicina; 4) El objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuestos “*ad hoc*”: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “*lex artis*”: así como en toda profesión rige una “*lex artis*” que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa “*lex*”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiares de cada actor, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos, por cuanto también es doctrina constante, que la obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario no es una obligación de medios... Con acomodo a lo establecido en el párrafo 2.º del art. 1104 Cc., si bien con la significación de que, en todo caso, dada la contemplación de la preparación técnica exigible al médico a quien los servicios han sido encomendados, su actuación ha de venir presidida exclusivamente por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de modo que la diligencia exigible por el art. 1103 Cc., no será la del común individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan, pero con la singular característica de que la prueba de la culpa del médico ha de distinguirse y apreciarse según los casos, con base en la *lex artis ad hoc*...»

10.ª) Sentencia de la AP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 29 de noviembre de 1994 (desestima el recurso por no encontrar fundamento a la responsabilidad del médico):

«... una doctrina jurisprudencial conocida y reiterada viene afirmando que en ámbito de la responsabilidad médica no rige la estimación objetivista de la culpa, y que no tiene aquí cabida el juego de la carga de la prueba, de suerte tal que es el paciente quien tiene que acreditar la influencia del facultativo. En torno a esta tesis jurisprudencial, tímida, por cierto, en el contexto de la jurisprudencia comparada, se impone la necesidad de una nueva reflexión a la vista de las nuevas propuestas, no ya doctrinales, sino normativas que abogan por su abandono, en aras del cada vez más vigoroso interés por la protección de los consumidores. En esa línea se encauza una Propuesta de Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la responsabilidad del prestador de servicios, entre ellos los sanitarios: el prestador de servicios —dice la Propuesta— será responsable del daño causado por su culpa, en el marco de la prestación del servicio a la salud y a la integridad física de las personas. Y más adelante, rotundamente se advierte que la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbiría al prestador de servicios. Con ello se instauraría la inversión de la carga probatoria en contradicción con la línea jurisprudencial reacia a admitirla en el ámbito de la responsabilidad médica. En igual dirección se ha orientado algún sector doctrinal contrario a la distinción entre obligaciones

de medios y de resultados para partir de la exigencia de un deber general de pericia y diligencia en la prestación profesional (el “duty of skill and care” del Derecho norteamericano). Una situación intermedia, o si se quiere, menos terminante, defendible desde la concepción de la prestación médica como obligación de medios, se asume por alguna jurisprudencia (singularmente la francesa) que es propicia a admitir en algunos casos el mecanismo de inversión de la carga de la prueba cuando por las circunstancias en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica...».

IV. DICTAMENES EMITIDOS POR EL CONSEJO DE ESTADO ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE INDEMNIZACION POR EL NORMAL O ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO EN LOS CASOS DE SUICIDIO

El Consejo de Estado se ha pronunciado en bastantes dictámenes acerca de estos supuestos, siendo línea doctrinal generalizada la de que en el momento en que aparezca probado que el fallecimiento se debe a un acto suicida y no a un accidente u obra de terceros, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que no existe nexo de causalidad entre el daño producido y el normal o anormal funcionamiento de la Administración del Estado. Son bastante frecuentes las consultas sobre las muertes producidas por suicidios en hospitales psiquiátricos públicos, centros penitenciarios y acuartelamientos militares y, por ello, se ha creído oportuno introducir algunos supuestos en este trabajo.

Para analizar la doctrina de este órgano consultivo es necesario agrupar cronológicamente y por separado los asuntos, según se trate de centros sanitarios, acuartelamientos militares y centros penitenciarios, puesto que de dicho orden se obtendrá, como se verá más adelante, un resultado peculiar.

1) Suicidios en centros sanitarios:

a) Con fecha de **28 de enero de 1988**, ante la reclamación del viudo de una paciente fallecida por suicidio mientras estaba ingresada en un hospital dependiente del Insalud (art. 40 LRJAE), entendiendo el reclamante que fue el anormal funcionamiento del servicio sanitario lo que provocó el fatal desenlace, el Consejo de Estado procedió a desestimarla. En esta ocasión se dice que:

«Para deducir la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico

co exige que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. Y de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado de 6 de mayo de 1982, este inciso del precepto ha sido reiteradamente interpretado como la exigencia, en cada caso concreto, de un nexo de causalidad que permita imputar racionalmente el daño producido a un actuar de los servicios públicos en un sentido amplio. En otras palabras, es necesaria la relación de causa a efecto existente entre el comportamiento de los servicios públicos y la lesión alegada por el reclamante. Y en este sentido se estima improcedente la reclamación formulada dado que la fallecida ingresó en el hospital para ser atendida de “lesiones en los dedos de los pies” y esta circunstancia unida al hecho de que el ahora reclamante no aportó informe psiquiátrico alguno al ingresar su esposa en el hospital, impide que pueda imputarse el fallecimiento al mismo como consecuencia de una deficiente prestación del servicio asistencial. De los informes se deduce claramente que el servicio prestado por el hospital fue correcto y que no era previsible que la fallecida se suicidara. A mayor abundamiento, el reclamante no ha probado que exista la relación causal necesaria entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño invocado, pues no ha aportado informe médico alguno acreditativo de la situación psíquica de su esposa».

b) El asunto sometido a dictamen de **27 de abril de 1995** se refería a la indemnización de daños y perjuicios formulada por la reclamante como consecuencia del fallecimiento de su hija al arrojarse por la ventana de una residencia para discapacitados, dependiente del Servicio de Minusvalías de la Dirección Regional de Servicios Sociales del Principado de Asturias. Argumenta la reclamante que debía haber sido sometida a una estrecha vigilancia por parte de la residencia donde se encontraba internada para poder evitar el fatal desenlace finalmente producido. Por su parte la Administración instructora propone desestimar la reclamación por entender que, además de que la referida Residencia constituye un Centro abierto, la propia conducta de la víctima da lugar en este caso a la ruptura del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el suceso.

El Consejo de Estado entiende que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Para llegar a esta conclusión ha tenido en cuenta especialmente los antecedentes clínicos y las condiciones psíquicas en las que se encontraba la fallecida y que precisamente justificó su internamiento durante largos períodos en el Hospital Psiquiátrico Regional de Oviedo y finalmente en esta residencia para discapacitados mentales:

«De los distintos informes médicos se desprende una situación de deterioro mental importantante que incluso dio lugar a que se dictara sentencia declarándola incapaz para gobernar su persona y bienes. Además se hace constar los distintos episodios de agresividad que padecía la fallecida, que dieron lugar a la necesidad de reconstruir su habitación en distintas ocasiones. Incluso constaba su tendencia depresiva con intentos de suicidio. Todo ello denota que, a pesar de la moderada mejoría que pudo experimentar la fallecida durante su estancia en la residencia, con tales antecedentes y tomando en consideración además que se trataba de una “enfermedad fija y no mejorable de forma significativa mediante tratamiento”, exigían de los servicios responsables de la Administración que se adoptaran las medidas oportunas tendentes a evitar el suceso. En definitiva el conocimiento que se tenía de la tendencia de la fallecida a tirarse por las ventanas y que la etiología médico-legal era suicida, llevan a la conclusión de que no debió habilitársele una habitación con libre apertura de la ventana o al menos no en una planta alta del edificio.

Por lo demás, el presente Consejo de Estado no comparte la opinión de que la conducta de la víctima haya ocasionado la ruptura del nexo causal que debe existir entre el funcionamiento del servicio público y el efecto pernicioso producido. Y ello, porque atendiendo a las peculiaridades del caso debe destacarse que en modo alguno podría sostenerse que la decisión de suicidarse fuera adoptada conscientemente por la fallecida, toda vez que tanto de hecho como de Derecho carecía de capacidad mental suficiente para discernir sobre sus actuaciones. Difícilmente por tanto podría en este caso la actitud inconsciente de la víctima provocar un efecto tan excepcional como es, no ya simplemente sostener la posible concurrencia de causas (que en este caso por las mismas razones tampoco existen), sino la ruptura misma de la relación causal, con el efecto inmediato de eximir de cualquier responsabilidad a la Administración».

2) Suicidios en acuartelamientos militares:

a) Con fecha de **23 de abril de 1987** este órgano consultivo, a propósito del suicidio de un legionario y posterior reclamación de indemnización por parte del padre del soldado con base en el art. 40 LRJAE, estimó que:

«Los lamentables hechos, son demostrativos por sí mismos de que el resultado del fallecimiento se ha producido con una total independencia de cualquier actuación administrativa por acción o por omisión. El perfecto estado de funcionamiento en que se encontraba el fusil, que sólo podía dispararse mediante una precisa acción humana, y la circunstancia de que haya de descartarse la intervención de cualquier tercero, son datos que determinan con claridad que lo que ha ocurrido ha tenido lugar con plena independencia de cualquier intervención del Estado. Es imposible en este caso imputar a la Administración el origen o causa del fallecimiento del caballero legionario. Y si a ello se añade que no basta que la muerte se produzca cumpliendo el servicio militar para que ello determine sin más y de forma automática el nacimiento de un deber de indemnizar al amparo del art. 40 LRJAE, resulta evidente la improcedencia de conceder lo solicitado. Por lo demás y dado que falta por completo cualquier nexo causal que relacione el fallecimiento con la actuación administrativa, resulta innecesario entrar a considerar...».

b) En el dictamen de **10 de diciembre de 1987** se dilucida no ya un suicio consumado, sino un intento de suicidio de un soldado voluntario. El Consejo considera que no hay lugar a la declaración de responsabilidad del Estado porque:

«las causas del lamentable accidente eran exclusivamente imputables al propio lesionado, sin que en el desencadenamiento de los sucesos interviniera ninguna otra persona de modo mediato o inmediato. En segundo lugar, no se alcanza a ver la posibilidad de establecer un nexo causal entre la Administración y el resultado, constituido por las lesiones producidas, ya que precisamente éstas han sido originadas con base en una decisión individual cerrada en el propio sujeto que acordó su realización, de ahí que la imputación inmediata y directa al sujeto de las lesiones producidas excluya por completo la posibilidad de la responsabilidad estatal. Por último, resulta desproporcionada la afirmación del reclamante a propósito de entender que hay una omisión de la Administración al carecer de una infraestructura para controlar y detectar el estado psicológico anómalo de un soldado, máxime cuando de esa omisión se quiere deducir el origen de la responsabilidad. Como el propio interesado reconoce, han sido sus actos durante la vida militar los que han originado la imposición de ciertos correctivos, los cuales le han llevado al intento de suicidio. En este contexto la alegada carencia de infraestructura no puede prosperar, puesto que si en algún

momento se ha producido un estado de depresión, el origen mediato, al menos del mismo, ha venido determinado por las faltas de distinta naturaleza cometidas contra la disciplina militar».

c) En dictamen de **19 de abril de 1990** se le somete también al Consejo la cuestión de determinar si procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por el fallecimiento de un soldado marinero, ocurrido cuando prestaba el servicio militar a bordo de un buque de la Armada. En este caso, el Consejo no entra en el fondo de la interpretación de esta figura, sino que con el hecho de quedar probado que se trató de un acto voluntario del soldado zanja la cuestión, puesto que estima la ruptura del nexo de causalidad:

«De la exposición de los antecedentes resulta que se declaró como hecho probado que la causa del fallecimiento del soldado se debió a suicidio. En consecuencia, no puede establecerse que exista una relación de causa a efecto entre el fallecimiento del soldado marinero y la actuación de la Administración militar, requisito sin el cual no es posible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado conforme resulta del art. 40 LRJAE» (36).

d) En el dictamen que se emitió el **9 de mayo de 1991** se dice lo siguiente:

«No procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que uno de los presupuestos exigidos es que medie una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso y en el asunto cuyo expediente es objeto de dictamen no concurre ese presupuesto, ya que la muerte del soldado se debió al suicidio (extremo no cuestionado) y no a la actuación de la Administración.

Alguno de los órganos informantes estima que existe una concurrencia de causas, ya que, por un lado, la Administración debió evitar que el soldado se apropiara de un arma que no debía estar a su alcance en todo momento y, por otro, pudo y debió desarrollar una labor más intensa de búsqueda y localización del soldado desde que éste desapareció de su Unidad. Sin embargo, este Consejo de Estado considera que si

(36) Ahora bien, el órgano consultivo a pesar de este pronunciamiento finaliza su dictamen haciendo un elenco de los gastos de carácter funerario que debe cubrir la Administración militar por tratarse de un supuesto de los incluidos en la Orden de 17 de diciembre de 1981.

bien la actuación de la Administración no fue impecable —de ahí que se hayan impuesto sanciones disciplinarias— puede ser valorada como suficiente, desplegando un conjunto de actuaciones adecuadas y proporcionadas a la trascendencia del hecho que las motivó, por lo que no puede entenderse que la Administración haya concurrido a causar el resultado. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración no se puede realizar una aplicación generalizada de lo que en el ámbito del Derecho penal se ha venido a denominar como teoría de la equivalencia de las condiciones, pues ello conduciría a una desmesurada e injustificada ampliación de los supuestos de responsabilidad. Y en este caso no hay adecuación entre el proceder de la Administración y el desgraciado resultado de la muerte del soldado».

Si hasta este punto parecía clara la doctrina seguida por el Consejo de Estado, a partir de ahora se oscurece puesto que estima que:

«La exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado no supone que el resultado lesivo no deba ser reparado, ya que al margen del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico, el ordenamiento ha dispuesto de un conjunto de prestaciones en favor de quienes realizan el servicio militar que pudieran dar cobertura al daño sufrido (art. 221 del Reglamento de la Ley del servicio militar aprobado por el Real Decreto 611/1986 de 21 de marzo). Entre las referidas prestaciones interesa destacar aquí las establecidas para dar cobertura a los accidentes que pudieran sufrirse durante la prestación del servicio militar causando el fallecimiento, desaparición o lesiones físicas de un soldado» (37).

e) En comisión permanente del día **21 de octubre de 1993** dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por la muerte de un joven acaecida por suicidio durante la prestación del servicio militar. A su juicio:

«no concurren los presupuestos exigidos por el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, toda vez que no existe nexo de causalidad entre el funcionamiento de la Administración y el desgraciado resultado de muerte. Según la *lex artis* de la ciencia médica, no es siempre

(37) Parece que el Consejo de Estado siente algún tipo de reparo en dejar el daño moral sufrido por la familia del soldado sin cubrir y por ello, a pesar de no poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, lleva después a cabo un detenido análisis de este Real Decreto y de los actuales sistemas de cobertura para finalizar declarando que procede la indemnización en virtud de este Decreto.

exigible a los correspondientes servicios del Ministerio de Defensa la detección de todos los eventuales trastornos psíquicos que pueda padecer quien presta el servicio militar. En el presente caso los reclamantes no han aportado pruebas que permitan afirmar que en los antecedentes personales y la conducta del soldado fallecido se hubiera exteriorizado perturbación psíquica alguna. Por contra, el padre puso de manifiesto que el comportamiento del difunto había sido normal durante 14 meses de prestación del servicio militar como voluntario. Desde el día 1 de abril de 1987 hasta el día de su muerte, el soldado fue reconocido en trece ocasiones por el servicio médico de la Base militar, diagnosticándosele padecimientos que nada tenían que ver con eventuales perturbaciones psíquicas. Los hoy reclamantes, sobre quienes pesa la carga de la prueba, no han acreditado que el referido servicio médico funcionase deficientemente».

f) El dictamen de **20 de enero de 1994**, trata el tema de la responsabilidad civil de la Administración por los daños provocados por un soldado a terceros, soldado que inmediatamente después se suicida. El Consejo de Estado en este caso, se pronunció a favor de la responsabilidad al entender que:

«aunque pudiera entenderse, que en principio la acción voluntaria y libre de un agente de orden público con su arma reglamentaria, fuera de sus horas de servicio y actuando de modo ajeno a éste, podría no trasladar a la Administración del Estado la responsabilidad por los daños derivados de su conducta, no se trata aquí exclusivamente de este problema. Se trata de si la disponibilidad de armas por los miembros de las Fuerzas de Seguridad pueden justificar una responsabilidad patrimonial por imputación de riesgo.

En el caso presente, la acción del guardia civil, que culmina en suicidio, se produjo no sólo con su arma reglamentaria (que puede ser portada fuera de su servicio activo ordinario), sino y sobre todo, con un CETME y varios cargadores cuya posesión no está autorizada en cualquier momento. De otro lado, no es menos relevante que abandonó el cuartel donde se encontraba, en horario y actitud impropios, con atuendo inadecuado e intenciones manifiestamente contrarias a las exigibles a un cualificado servidor público, como lo son los que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que fuera detenido a su paso.

Junto a lo anterior, destaca igualmente el hecho de que, aun siendo conocida por sus superiores la situación depresiva y de inestabilidad emocional que sufría el citado guardia civil, no se hubiera promovido ningún género de inspección médi-

ca, la cual hubiera tenido eventuales resultados sanatorios e incluso preventivos; se alega sólo que no constaba que padeciese patología alguna, pero ello no quiere decir sino que tal posible desarreglo psíquico no había sido reflejado en su expediente, quizás porque ni siquiera se había sometido a tratamiento alguno, ya que los mandos de la Guardia Civil, a los que no es exigible pericia médica con respecto a los hombres sobre los que ejercen su cometido, no se les había pasado por alto el estado mental en que se encontraba el guardia civil».

g) En dictamen de **27 de enero de 1994**, también acerca del suicidio de un guardia civil fuera de servicio, cuyo impacto de bala rebotó contra uno de sus acompañantes causándole instantáneamente la muerte, el Alto órgano consultivo del Estado fue favorable a la indemnización del padre del compañero fallecido:

«Es oportuno recordar que, como ha dicho el Consejo de Estado, el riesgo que en ocasiones genera la misma instauración de algunos servicios públicos que han de valerse, para su puesta en práctica, de medios susceptibles de desencadenar procesos causales con la producción de daños a particulares cuando éstos no tengan obligación de soportarlos, constituye un título autónomo de imputación.

En efecto, las exigencias propias de la seguridad ciudadana han requerido —y requieren— dotar a los miembros de la Guardia Civil de arma reglamentaria, arma que, según las previsiones propias del Instituto, puede ser portada por los miembros de la Guardia Civil cuando se encuentren estrictamente francos de servicio, pudiendo optar entre dejarla en custodia dentro del acuartelamiento o llevarla consigo. Ciertamente es que son cualitativamente bien distintas las situaciones de servicio o las de franco de servicio, y que este mismo Consejo de Estado ha dicho que no toda actuación realizada por personas al servicio de la Administración Pública es imputable a ésta, sino únicamente la que realizan al prestar su servicio específico.

Aun con las singularidades del Instituto de la Guardia Civil, puede, en términos de principio, partirse de la distinción entre la situación de servicio y la de franco de servicio, aunque la distinción se debilita desde el momento en que el art. 5.4 de la Ley orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone que las mismas “deberán llevar a cabo sus funciones con toda dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo o lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana”. Ciertamente —ninguna duda cabe abrigar— que, en el caso presente, el miembro de la

Guardia Civil no actuaba en absoluto en cumplimiento de un deber genérico, subsumible en el mencionado precepto, pero también lo es que la disponibilidad del arma, explicable y justificada con carácter general aunque fuera del estricto servicio, encierra en sí misma un riesgo que puede constituir título de imputación a la Administración Pública. La titularidad de la organización pública de la seguridad ciudadana justifica la imputación a aquélla de los daños resultantes del riesgo creado en interés de la colectividad.

El fondo institucional de la responsabilidad patrimonial comporta que quien sufre un daño consecuente a la puesta en acción de elementos conectados con el servicio público, en cuya producción no ha participado en modo alguno la persona dañada, debe obtener una reparación de la sociedad beneficiaria del servicio público establecido respecto de la cual actúa medialmente la Administración Pública».

h) En sesión celebrada el día **8 de septiembre de 1994** se emitió el siguiente dictamen acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por el suicidio de un soldado en el Centro de Mantenimiento de Vehículos de Ruedas de Torrejón de Ardoz:

«Existen varios elementos en el expediente que conducen a la conclusión de que el soldado cometió suicidio...Por lo demás, no hay nada en las actuaciones que hagan pensar que otros miembros de su unidad incurrieron en "*culpa in vigilando*" en relación al joven. Del certificado médico aportado por el reclamante se infiere que no había sufrido trastornos psicológicos antes de su incorporación a filas. Tampoco consta que durante su servicio militar tuviera un comportamiento desequilibrado o necesitado de atención psiquiátrica. Su suicidio, por tanto, no parece que esté ligado con una relación de causa a efecto al funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Por consiguiente, la decisión voluntaria de provocarse la muerte debe considerarse como causa determinante del triste suceso, lo que fuerza a denegar la reclamación, a la vista de la ausencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actividad de los servicios públicos».

i) El **23 de noviembre de 1995** se emite otro dictamen sobre el mismo tema y el Consejo de Estado lo desestima basándose en el siguiente parecer:

«Según resulta del expediente, la causa del fallecimiento del soldado fue un disparo realizado por él mismo...De conformidad con lo informado por este Consejo de Estado en ca-

«...similares, ha de concluirse que no existe nexo de causalidad entre la actividad de las Fuerzas Armadas y el luctuoso suceso. Ha de advertirse en este sentido que el servicio de armas no constituyó la causa del fallecimiento, sino tan sólo la ocasión del mismo. Por otra parte, de los datos que constan en el expediente se deduce que el motivo de la triste decisión no tenía conexión con la prestación del servicio, sino que era de tipo particular».

3) Suicidios en centros penitenciarios:

En cuanto a los suicidios llevados a cabo por los internos reclusos en establecimientos penitenciarios el Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

a) Con fecha de **21 de febrero de 1991** se informa de que:

«El hecho que se imputa a la Administración es la negligencia de las autoridades penitenciarias en el sometimiento a vigilancia del recluso y en la prestación de la adecuada asistencia sanitaria que hubiera podido salvar su vida. Entre este hecho y el daño causado no cabe apreciar la necesaria relación de causalidad como relación directa, inmediata y exclusiva (subrayado de origen) de causa a efecto, sin intervención extraña, pues la muerte fue producida por el propio recluso, rompiendo así el nexo causal.

A mayor abundamiento y puesto que en la reclamación se conecta el resultado lesivo con la existencia de una "*culpa in vigilando*" del Centro Penitenciario, señala que es cierto que existe tal deber por parte de todos los centros dependientes de la Administración penitenciaria. Ahora bien, este deber, como todas las obligaciones jurídicas, ha de ser entendido en sus correctos términos, esto es, el cumplimiento de cualquier obligación nunca puede entenderse en el sentido de exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o prestaciones imposibles o rayanas en el absurdo, de modo que no se puede exigir una vigilancia continua sobre cada interno como para impedir que pueda causarse cualquier forma de daño en todo momento, según parece pretender el reclamante.

El problema central que suscita el expediente es el de la imputación a la Administración y, en inmediata e inescindible conexión, el de la causalidad, concretada en la existencia de una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. Tal hecho imputado a la Administración es, en concreto, el deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario que no ha sabido

evitar la acción suicida, al no realizar la vigilancia especial por alto riesgo de suicidio, puesto que el paciente había presentado ya anteriormente, un estado delirante que remitió con tratamiento adecuado, no siendo imprevisibles sus intentos de suicidio, de los que ya habían existido otros, y debiendo asimismo, considerarse que su trastorno esquizofrénico, conlleva un incremento del riesgo de suicidio especialmente en las etapas vulnerables.

En estas condiciones el paciente prosigue sosteniendo la reclamación, no consta la vigilancia claramente necesaria, puesto que el “descubrimiento” del cuerpo colgado del paciente no es el resultado de un acto de vigilancia, sino que se produce con motivo de tomar la relación de encargos para el economato. La falta de control y vigilancia concordaría así con el hecho de que, para conseguir su propósito, el enfermo tuvo necesidad indudablemente de invertir algunos minutos más en romper la sábana, cuyo trozo al parecer utilizó para sus fines. En cambio, según el escrito de alegaciones no cabe la menor duda acerca de que la actuación de todo el personal del establecimiento fue de gran diligencia, posteriormente al acto de suicidio, para la conservación de la vida del enfermo.

Resultaría equivocado, derivar sólo de un deber general de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.5 de la Ley General Penitenciaria) y del derecho a la vida y a la integridad física y moral de los reclusos, una responsabilidad de la Administración. Se requiere, partiendo de estos postulados, un funcionamiento anormal del servicio público, que en supuesto concreto se manifestaría en el incumplimiento de la obligación del mayor control y vigilancia sobre este interno (art. 10.3 de la Ley General Penitenciaria).

En definitiva: lo ocurrido, por sí mismo, no excluye la vigilancia y control legalmente necesarios, apareciendo éstos más bien afirmados por la inmediata atención, estando reconocida por el propio reclamante la atención correcta con posterioridad en orden a salvar la vida y, siendo patente en la etapa anterior a lo que sucedió en tan breve período de tiempo que la atención y cuidados fueron sucesivos y sin abandono. No se puede afirmar, en resumen, que haya faltado en este desenlace una diligente actuación administrativa que hubiese podido y debido eficazmente impedirlo».

b) El dictamen de **30 de mayo de 1991** desestima igualmente la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria por el suicidio de un interno al entender que:

«No cabe duda de que uno de los límites de la vigilancia que la Administración penitenciaria debe ejercer sobre los in-

ternos está constituido por la subsistente esfera de libertad del interno. Este límite impide que la vigilancia pueda ser constante, algo que, por lo demás, viene ya prácticamente excluido por simples consideraciones de posibilidad fáctica.

En el presente caso, además, la acción suicida del interno fue inopinada y no concurrían circunstancias que hicieran aconsejable una vigilancia especial.

De otro lado, la actuación del personal de la prisión, una vez descubierto el suceso, fue de gran diligencia en el intento de salvar la vida del interno».

c) También declara improcedente la responsabilidad del centro penitenciario en el dictamen de **21 de enero de 1993**:

«Es claro que la lesión, cuando es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, crean en el particular, derecho a ser indemnizado por el Estado (art. 40 LRJAE).

Este planteamiento —“exigente, por su propia definición, de una actuación de carácter positivo”— ha trasladado la consideración, en hipótesis como la presente, al terreno más propiamente de la relación causal y a “lo que, con acierto, ha distinguido la doctrina de los autores y ha tomado en consideración, al menos implícitamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, como supuesto de “no funcionamiento”, de una actitud pasiva o inactiva de la Administración, constituida por una falta de vigilancia cuando ésta resultaba especialmente demandada por las excepcionales circunstancias del caso, “por más que por ello no se incida en la culpa o negligencia que se concibe como causa de imputabilidad de las esferas penal y civil...”, tratándose “tan sólo de corroborar si, abstracción hecha de tal condicionante, existió o no el simple descuido, desentendimiento o despreocupación por el posible hecho lesivo que la actitud del omitente acarrearía, bastando con ello para que se establezca el nexo causal entre la pasividad y el perjuicio”.

“Pues bien, el examen de toda la documentación acopiada en el expediente no permite apreciar que la Administración haya incurrido en abandono del tratamiento requerido por las circunstancias concurrentes, ni tampoco en que éstas, con anterioridad al hecho causante de la muerte del interno, condujesen a imponer, ni siquiera a inspirar, una preocupación razonablemente fundada de la probabilidad de una precipitación como la que después acaeció, con tal lamentable resultado, exigente de cuidados específicos que la evitasen, entre ellos la inaccesibilidad a un piso alto”.

En estas condiciones, la indispensable relación causal no puede apreciarse».

d) El **18 de noviembre de 1993** se emite el siguiente dictamen en el que se desestima, una vez más, la procedencia de la indemnización solicitada por la madre del recluso:

«Sería erróneo tratar de desprender del deber general de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y del derecho a la vida y a la integridad física y moral de los reclusos, una responsabilidad de la Administración. Se requiere, en supuestos como el presente, analizar la relación causal que se ha de exteriorizar en un “no funcionamiento”, en una actitud pasiva o inactiva de la Administración, constituida por una falta de vigilancia cuando ésta resultaba especialmente demandada por las excepcionales circunstancias del caso, “por más que por ello no se incida en la culpa o negligencia que se concibe como causa de imputabilidad de las esferas penal y civil...”, tratándose “tan sólo de corroborar si, abstracción hecha de tal condicionante, existió o no el simple descuido, desentendimiento o despreocupación por el posible hecho lesivo que la actitud del omitente acarrearía, bastando con ello para que se establezca el nexo causal entre la pasividad y el perjuicio” (STS de 15 de julio de 1991, Sala 3.^a de lo contencioso-administrativo).

La reclamante alega que el estado mental que presentaba su hijo al entrar en prisión era tal que había intentado suicidarse dos veces unas horas antes, y partiendo de este estado, trata de construir la falta de adopción de medidas por los servicios penitenciarios como determinante de lo que dolorosamente sucedió.

Lo que está acreditado en el expediente es que “el estado en que se encontraba el interno en el momento de su ingreso en prisión, era de aparente normalidad y que no presentaba a su ingreso síndrome de abstinencia, ni estado psíquico que exigiera internamiento en centro hospitalario, si bien solicitó, como es habitual en la mayoría de los internos, medicación psicotrópica”.

Es cierto que, estando detenido por la policía, fue llevado al hospital en urgencias por intento autolítico en comisaría, concurriendo reacción ansioso-depresiva. Trasladado de nuevo el día siguiente al mismo hospital, el informe médico expresa que acude a urgencias por cuarta vez, aduciendo múltiples problemas.

Las versiones de la prensa diaria son las que amplían el relato, aludiendo a que perdió los nervios cuando conoció que iba a ingresar en prisión, dando gritos de que en la cárcel se iba a morir, que no resistiría ir allí, pese a lo cual y a haberse producido lo relatado ante el juez, éste decidió y se cumplimentó el ingreso en prisión. Los propios periódicos recogen el reconocimiento médico tras su ingreso en prisión, volviendo a su celda 15 minutos después y llevándosele la cena. La misma fuente expresa que el magistrado manifestó que había iniciado la investigación para determinar las circunstancias de la muerte del joven y conocer si se habían cumplido todos los requisitos establecidos para garantizar que no se autolesionase, agregando que, pese a los esfuerzos realizados para tranquilizar al joven, abandonó las dependencias judiciales preso de una gran excitación. Todos estos relatos no desvirtúan, sino que confirman, los datos del expediente, y unos y otros no permiten sostener la responsabilidad del Estado».

e) El último dictamen que se recoge, y el más reciente, es el de **13 de julio de 1995** y es el único de esta serie que aprecia la responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria por el anormal funcionamiento de los servicios públicos. En este caso, es necesario hacer referencia, como lo hace el dictamen, al auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones por no ser constitutivas de infracción penal, porque ofrece una visión clara de la relación de causalidad necesaria entre la conducta omisiva de los servicios penitenciarios y el resultado de muerte para que se pueda apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado:

«Ante la relación de hechos que se toma como base para el examen de fondo de la cuestión algunos aspectos han de destacarse: a) El anormal funcionamiento por desconexión de los mecanismos establecidos en el centro penitenciario, en el supuesto concreto, para prevenir el suicidio. b) La relación especial que supone la situación de preso preventivo del finado con los responsables del centro penitenciario donde se encontraba internado. c) El libre discernimiento del fallecido, más o menos condicionado pero nunca anulado. d) Que la hipotética inclusión de los hechos en el art. 409 CP no es procedente, pues aunque se barajara la posibilidad de incriminación por omisión, atendiendo a la posición de garantes que pudieran ostentar los responsables de las instituciones penitenciarias implicadas, las actuaciones relevantes serían negligentes y no podrían tildarse de necesarias estas omisiones poniéndolas en relación con el suicidio.

Aun admitiendo la concurrencia de un proceder negligente por parte de los encargados de coordinar a los diversos profesionales incardinados en el programa de prevención de suicidios, y que motivó la falta de una asistencia psiquiátrica directamente encaminada a la posible evitación del resultado devenido, y siendo evidente la producción de un evento letal, la relación de causalidad entre aquél y éste no puede establecerse en los términos y con la rotundidad precisa en Derecho penal y ello, porque en todo caso la propia intervención del interno, como es obvio, fue determinante.

El Auto suscita “la razonable duda, siempre impeditiva de una condena penal, de si en caso de mediar la atención psiquiátrica oportuna el resultado se hubiera evitado, duda que se mantiene basándose en dos extremos: por una parte, la imposibilidad de establecer el éxito del tratamiento psiquiátrico, por otra, la incidencia en el resultado del propio libre albedrío que siempre pervivió, pues no debemos olvidar que entre el ingreso del interno en prisión y su muerte medió un lapso de tiempo considerable, que los síntomas de depresión observados poco después de su ingreso -lógicos en toda persona que se ve sometida a la pérdida de libertad-, pocos días después habían remitido sensiblemente y que en este lapso temporal, si bien fuera del específico seguimiento que habría de haberse llevado a cabo, medió una asistencia psiquiátrica en la que no se objetivaron las anomalías detectadas en el ingreso en prisión”.

El auto termina con el reconocimiento del anormal funcionamiento de los responsables del centro penitenciario, deficiencias no identificables con un ilícito penal imprudente, “sin perjuicio, por supuesto, de las repercusiones que tales actuaciones o, más propiamente, tales omisiones puedan tener en otros ámbitos del Derecho”.

Pues bien, el Consejo de Estado al examinar este expediente reconoce que el Auto reseñado desvela lo esencial del planteamiento que interesa acerca de la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración: “Esta no puede desconocer la declarada concurrencia de causas y no le es dable excluir de ellas la actuación administrativa. No cabe descartar que si el interno hubiera sido incluido en el programa de prevención de suicidios se hubiese percibido la necesidad o conveniencia de adoptar alguna medida coherente y eficaz para evitar el siniestro finalmente acaecido”».

Es también interesante de recalcar aquí la cuantificación que hace el órgano consultivo de la indemnización debida por el Estado una vez declarada la pertinente responsabilidad de la misma.

«La coparticipación causal genera la responsabilidad del Estado, aunque en trance de cuantificar su obligación indemnizatoria, hay que partir, naturalmente, del referido concurso de causas.

La propuesta es ajena a cualquier valoración, dado su sentido denegatorio de responsabilidad. Ello obliga a una ponderación difícil de los elementos de juicio disponibles, por la acusada insuficiencia de datos y pruebas sobre la dependencia económica de los reclamantes, incluso de aquéllos que normalmente la guardarían con el fallecido.

No resulta razonable ni probada la afirmación de que el trabajo constante del fallecido venía siendo esencial para el mantenimiento de todos los familiares, la mayoría de ellos sin empleo. Más verosímil resulta el escrito de alegaciones cuando expresa que el daño indemnizatorio es fundamentalmente de carácter moral, derivado de la lesión psíquica que la muerte de una persona produce en los más allegados a ella, tratándose de compensar de alguna forma el dolor que produce la pérdida de un ser querido, sobre todo por causas no naturales.

Ponderadas todas las circunstancias, con los incompletos antecedentes suministrados sobre las situaciones familiares, las edades de los reclamantes, sus respectivas profesiones y, desde luego, la coparticipación causal y la situación laboral del fallecido, se considera razonable reconocer a la esposa una indemnización de 3.000.000 de pesetas y a la madre otra de 1.000.000. No hay razón, en cambio, para configurar convincentemente una lesión indemnizable a partir de los naturales sentimientos de dolor de los hermanos (eran cinco), pues ningún dato permite equiparar su posición a la que, con buen sentido y con la mejor intención, cabe atribuir a la viuda y a la madre. En cualquier caso, son rechazables las desmesuradas cuantificaciones de las indemnizaciones pretendidas, que ni hallan soporte, desde luego, en el expediente, ni guardan concordancia con los más generosos criterios de resarcimiento».

Al comenzar este epígrafe hacía referencia a las conclusiones peculiares a los que se podía llegar si se analizaban estos dictámenes por orden cronológico y clasificándolos según hicieran referencia a reclamaciones frente al Ministerio de Sanidad, Defensa e Interior. Pues bien, se puede apreciar que el Consejo de Estado, aun siendo, en vía de principio, estricto a la hora de estimar la responsabilidad de los organismos públicos por el normal o anormal funcionamiento de sus servicios, y por ende, para otorgar indemnizaciones a los parientes de los suicidas, acentúa, todavía más, esta rigurosidad, con los reos que cum-

plen condena de privación de libertad y los soldados que hacen el servicio militar obligatorio. No pretende ser ésta un crítica al sistema de aplicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración por parte de este órgano consultivo, pues aunque pudiera parecer lo contrario, el Consejo de Estado en la inmensa mayoría de los casos que se le someten a dictamen, frena las solicitudes de indemnización propuestas por los administrados frente al Estado, aunque, sin embargo, no reduce las cantidades indemnizatorias que le proponen los centros públicos imputados cuando le someten a dictamen el asunto.

V. APROXIMACION AL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS SUICIDIOS

Para intentar resolver el problema de la responsabilidad de terceros por los suicidios voluntarios es conveniente tratar de poner en claro los puntos esenciales que se deben estudiar. Estos coinciden básicamente con los presupuestos generalmente exigidos para estimar la responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 C.c.

En primer lugar y antes de adentrarse en el estudio de estos problemas, puede que sea conveniente hacer una simple descripción de la personalidad de los sujetos que tienden al suicidio y de las causas más comunes que provocan estas decisiones, así como de su posible tratamiento, aun tratándose la psiquiatría de una ciencia de tan difícil ejercicio por tratar conductas íntimamente ligadas con problemas mentales de difícil valoración, previsión y constatación.

En este orden de cosas, en un reciente estudio médico sobre el suicidio (38) se pone de manifiesto que en los últimos años, una gran proporción de las admisiones en hospitales ha sido de personas que ingieren de forma deliberada sobredosis de fármacos o se dañan de otras maneras. En realidad, sólo una pequeña minoría de estos sujetos trata de quitarse la vida. El resto tiene otros motivos para realizar estos actos. Sólo una minoría padece trastornos psiquiátricos y el resto se enfrenta con problemas sociales difíciles de clasificar. Pues bien, en general, en comparación con las personas que se dañan a sí mismos y sobreviven (autodaño deliberado), los que se suicidan (suicidio completo) con mayor frecuencia son hombres y en general padecen un trastorno psiquiátrico. Planean sus actos suicidas con cuidado, toman

(38) *Vid.*, GELDER, M., GATH, D. & MAYOU, R., «Suicidio y autodaño intencional», en *Psiquiatría*, Ed. Interamericana Mc.Graw Hill, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 469 y ss.

precauciones para no ser descubiertos y utilizan métodos peligrosos. En contraste, entre los que se dañan a sí mismos y sobreviven, una gran proporción realiza sus actos de forma impulsiva de tal manera que invitan a ser descubiertos y rara vez corren un peligro real. Estos pacientes son sobre todo jóvenes, en general con problemas graves de personalidad caracterizados por el bajo amor propio, conducta impulsiva o agresiva, ánimo inestable, dificultad en relaciones interpersonales y tendencia al abuso del alcohol y fármacos y de problemas de identidad sexual. Los factores precipitantes más frecuentes son las peleas conyugales y de pareja, separaciones, enfermedades de un miembro de la familia, enfermedad física personal o procesamientos judiciales. En general, los motivos del autodaño deliberado son mixtos y difíciles de identificar de forma segura. Por ejemplo, quien ingiere una sobredosis por frustración e ira puede sentirse avergonzado y decir que deseaba morir. En el estudio de los pacientes que dijeron que trataban de morir, los psiquiatras juzgaron que sólo alrededor del 50% tenían alguna intención suicida. A la inversa, la persona que en verdad trataba de matarse puede negarlo. Por esta razón, —opinan los expertos— debe darse mayor importancia a una evaluación de sentido común, que al informe subsiguiente de sus propios motivos. Por otro lado, las tasas de repetición varían entre el 15 y el 25% en el año posterior al acto. En cuanto a su tratamiento, alrededor de un 5-10% requiere admisión en una unidad psiquiátrica, la mayor parte de ellos necesitan tratamiento para trastornos depresivos o alcoholismo y los demás requieren sólo un breve descanso del estrés doméstico abrumador. «Son poco certeros los mejores métodos de tratar al resto de los pacientes. Quizá es mejor canalizar a un 25-30% hacia médicos generales, trabajadores sociales u otros que participaron en su caso. Muchos enfermos (hasta la mitad) pueden beneficiarse del cuidado externo, en general de un asesoramiento orientado a problemas de conflictos personales más que el tratamiento para un trastorno psiquiátrico. Muchos rechazan la oferta de ayuda externa y su cuidado debe analizarse con el médico general antes de que se le permita volver a casa. Si se trata de un paciente activamente suicida, tras valorar el riesgo suicida, el médico debe establecer un plan de tratamiento e intentar disuadir al paciente de que lo acepte. La decisión de hospitalizarlo depende de la intensidad de las intenciones suicidas, gravedad de cualquier enfermedad psiquiátrica asociada y disponibilidad de apoyo social fuera del hospital. El primer requerimiento obvio es evitar que el enfermo se dañe a sí mismo. Algunas veces, se requieren disposiciones de enfermeras especiales de manera que nunca esté solo el individuo. Los pacientes bajo observación constante a veces se tornan irritables y resentidos y evaden la supervisión. No obstante el cuidado con el que se maneje a los pacientes sucederá en ocasiones que un paciente se suicide pese a los esfuerzos del personal».

También resulta interesante y al menos aclaratorio lo que explica el prof. POROT (39) acerca de esta patología. Advierte que se trata de un tema tan excesivamente complejo desde el punto de vista psicológico como para permitir que se asimile sin vacilación toda tentativa de suicidio a un síntoma morboso.

«En ciertas circunstancias, el individuo de espíritu sano puede llegar a esa determinación porque representa la única salida posible y deseable de una situación grave (*suicidio racional*). También cabe incluir en este grupo el suicidio de ciertos enfermos que, sabiéndose condenados por un mal inexorable, abrevian voluntariamente sus días.

Por lo que respecta al suicidio patológico el abanico de posibilidades y causas que lo pueden provocar es amplísimo. Las ideas de suicidio y las reacciones suicidas obedecen siempre en estos casos a una perturbación grave de la afectividad, a un tema delirante u obsesivo o a desórdenes alucinatorios. Con gran frecuencia, el suicidio o su conato constituye la primera revelación del estado anormal subyacente.

Las perturbaciones afectivas son de tipo, intensidad y duración variables. Puede tratarse en ocasiones de un simple desconcierto emotivo agudo, transitorio, pero intenso, como el anuncio de una mala noticia, de una catástrofe, por el que el sujeto pierde el dominio de sus actos y cede a un reflejo trágico.

Otras veces es un *rapto súbito de ansiedad*, aislado o impuesto por una angustia latente que dicta el riesgo fatal. En este grupo entran asimismo, todos los estados *pasionales*, con sus reacciones dramáticas: suicidio simple o crimen seguido de suicidio. Pero es sobre todo el dolor moral profundo, intolerable, del melancólico el que actúa en el dominio de la afectividad.

En algunos individuos, ciertas ideas delirantes de indignidad, culpabilidad, autoacusación o místicas conducen a menudo a una solución que aquéllos consideran como una obligación inevitable o necesaria. Otras veces, la *idea del suicidio* se impone al sujeto como una verdadera *obsesión* intelectual, una idea fija de recurrencia frecuente o periódica,

(39) Vid. «Diccionario de psiquiatría clínica y terapéutica», tomo II, ed. Labor, Barcelona, 1977, p. 1099. Recurro a este diccionario puesto que no se trata de averiguar en detalle y específicamente la patología, funcionamiento y métodos de curación de los potenciales suicidas, sino de aclarar a un lego en psiquiatría ante qué fenómeno de causación y resultado estamos para poder enjuiciar, si cabe, la responsabilidad civil de los médicos y de los entes hospitalarios por estos actos.

contra la cual lucha y que suele confiar al médico. En esta forma obsesiva pura, raramente pasa a la acción, pero no por eso sufre menos, como todos los obsesos (es mucho mayor el temor al suicidio que el deseo o voluntad de cometerlo). Finalmente, las alucinaciones intervienen a menudo en la determinación del suicidio, ya se trate de alucinaciones terroríficas a las que el sujeto no puede escapar sino suprimiéndose, ya de alucinaciones auditivas que le dicten su conducta, después de dirigirle amenazas y reproches. En la patología mental, estos diferentes mecanismos se asocian o superponen muchas veces en la determinación del suicidio (melancólicos delirantes y angustiados, confusos oníricos alucinados y ansiosos).

La melancolía es la enfermedad mental que da ocasión a suicidios con frecuencia mucho mayor que las demás. Todo melancólico es un suicida en potencia. Nada deja de concurrir en él para estallar tal disposición de ánimo: arrebatos de ansiedad, ideas delirantes, alucinaciones auditivas.

Ciertas formas de delirio crónico, como el de autoacusación, pueden implicar el suicidio como reacción secundaria. Tal vez la idea es menos continua, menos obsesiva, menos imperativa que la melancolía, pero termina a menudo por imponerse al sujeto.

Ciertos hipocondríacos graves, al sistematizar sus trastornos cenestésicos en un órgano o una función determinados, ante la impotencia de los tratamientos médicos o quirúrgicos, terminan por refugiarse en el suicidio; por lo general se limitan a automutilaciones que pueden considerarse como suicidios parciales.

Todos los alucinados crónicos, en ciertos momentos, pueden refugiarse en el suicidio, ya porque lo dicten con imperio sus voces interiores, ya porque se sientan cansados de las torturas que se les imponen.

Algunos delirantes místicos, o más bien idealistas apasionados, se sacrifican en ocasiones a su causa, pero aun en estos sujetos se observan con más frecuencia automutilaciones. En ciertos místicos ayunadores, o con ocasión de huelgas de hambre, se encuentran las mismas preocupaciones de sacrificio. Determinadas formas de delirio prolongado crónico de los alcohólicos (delirio de celos, de persecución) desembocan a veces en un mismo accidente trágico.

Otro supuesto es el del onirismo secundario a enfermedades infecciosas en el que algunos enfermos han reaccionado con fugas o con suicidios inconscientes o involuntarios. Estos son los que podrían designarse como suicidas accidentales: neumónicos delirantes y tifódicos perseguidos por enemigos imaginarios que se tiran por la ventana. Las mismas reaccio-

nes se observan en los alcohólicos que sufren delirio agudo: sintiéndose perseguidos se arrojan al agua o se ahorcan, contentos cuando no han tenido que acuchillar antes a sus allegados para defenderse. Igual determinismo inconsciente es el que ocasiona a veces el suicidio de algunos epilépticos. Se debe recordar también algunos suicidios de alienados que se distinguen por la ausencia de reflexión o pobreza de la idea delirante impulsora. En ciertos esquizofrénicos, el suicidio responde a un desorden afectivo profundo, a un acceso delirante episódico o bien a un romanticismo sentimental anómalo. En estos casos suele ir acompañado de una cierta teatralización o de circunstancias que traducen una originalidad singular. Por último hay que señalar la descarga impulsiva, a menudo inesperada e imprevisible, que impulsa a algunos catatónicos a destruirse, generalmente instigados por ideas delirantes.

Este psiquiatra relata además algunos aspectos particulares del suicidio que a su juicio deben ser tenidos en consideración. En su opinión se ha hablado mucho del suicidio hereditario y el hecho es que se encuentra con frecuencia una predisposición familiar, que en dos o tres generaciones aparecen algunos casos de suicidios de ascendientes o colaterales. Hasta se han descrito hechos en los que el suicidio sobrevinía hacia la misma edad (*heredosincronismo*):

«En tales casos, lo hereditario es el terreno psicasténico o la constitución, que predisponen al individuo a accidentes de igual naturaleza. Tal vez haya que añadir a ello la influencia subjetiva y obsesiva que sobre él ejercen estos antecedentes que conoce.

Otro aspecto del suicidio que hay que señalar es el de que ciertos melancólicos, lúcidos y dueños de sí, preparan su desaparición con habilidad y presentación adecuadas para hacer sospechar una muerte natural o un atentado (accidentes ficticios de caza, por ejemplo): esto es el *suicidio disimulado*. También hay desequilibrados, mitómanos que hacen gran ostentación de una tentativa de suicidio para impresionar a sus relaciones e imponer sus caprichos. Hay que determinar con precisión el grado de sinceridad en no pocos intentos de suicidio (ingestión de medicamentos). En el origen puede haber despecho, viva contrariedad, una decepción sentimental, pero los interesados toman ciertas precauciones (cálculo de tiempo o del lugar) para que se produzca a tiempo una intervención salvadora. Es lo que se ha llamado a veces suicidio coactivo o chantaje por amenaza de suicidio.

Sin embargo, cualquiera que sea el grado de sinceridad (sobre el que puede ser muy difícil emitir un juicio categóri-

co), la tentativa de suicidio es siempre una llamada, que ante todo hay que saber oír e interpretar.

También se ha hecho mención al suicidio por venganza en ciertos individuos desgraciados o melancólicos que se dan la muerte y pretenden que la responsabilidad y el remordimiento pesen sobre aquéllos a quienes tienen por causa de su desventura.

Se deben recordar el llamado suicidio colectivo y de las epidemias de suicidio».

La idea general a que puede llegar alguien inexperto en psiquiatría tras leer este informe elaborado por especialistas en estas patologías y algún otro de parecidas conclusiones es el de que la previsibilidad de los suicidios y la de los nuevos intentos después de fallidos los anteriores es bastante difícil. También lo es el llevar a cabo un tratamiento adecuado. En definitiva, hay que pensar que establecer los límites de la responsabilidad por negligencia en estos casos es un tema de tal complejidad que no se puede afirmar a la ligera que basta el hecho del resultado lesivo para presuponer la negligencia del personal que está encargado del cuidado de este tipo de pacientes, como tampoco se podría establecer sin más la culpa de los parientes que conviviendo con el enfermo sufren en su presencia el acto suicida del enfermo, o la de la persona o personas que originariamente produjeron en él las ideas autodestructivas.

Como se puede apreciar con la simple lectura de lo hasta aquí transcrito, son muchas las causas que pueden originar el deseo de una persona de quitarse la vida y que igual de innumerables son los tipos de suicidio que se pueden realizar. El problema concreto al que hay que intentar dar una solución es el siguiente: ante el suicidio de un paciente producido en una dependencia hospitalaria, ¿quién debe responder si es que alguien debe hacerlo? Pueden ser muchas las personas que hayan intervenido de manera directa o indirecta a la causación del resultado como de hecho sucedió en el supuesto litigioso de este estudio y sin embargo el alto Tribunal no reparó en ellas (se conformó con aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones): el familiar que lo acompañaba que no prestó la vigilancia adecuada, el médico que dio las instrucciones oportunas, los auxiliares sanitarios que la atendían, la persona o personas que provocaron originariamente los deseos de autodestrucción de la fallecida, la propia paciente-autora del acto autoleutivo, quienes decidieran ingresarlo en un centro no especializado en este tipo de perturbaciones y si se quiere continuar buscando más condiciones se podría llegar incluso hasta los problemas hereditarios a los que se ha hecho referencia anteriormente y a la predisposición al suicidio por problemas de salud que tienen algunos sujetos. Sin embargo, en principio, sólo el comportamiento activo u omisivo de uno de los intervinientes en el curso de los acontecimientos debe ser jurídicamente

considerado como causa determinante del resultado lesivo. Hay varias posibilidades de solución: todos ellos deben responder. Ninguno de ellos debe responder, sólo el autor del resultado es el responsable y demás combinaciones jurídicamente posibles.

Pues bien, para intentar dar una respuesta adecuada a este problema es imprescindible repasar uno a uno los elementos esenciales que deben concurrir para hablar de responsabilidad civil. Esto significa que se deben examinar forzosamente, y aunque a veces los pronunciamientos de nuestros tribunales eludan tan áspero y muchas veces complejo análisis, todas y cada una de las condiciones que concurren a la causación del evento dañoso, para averiguar cuál o cuáles de todas ellas debe considerarse jurídicamente relevante; el daño producido; la relación causa a efecto entre ambos y el título subjetivo a utilizar (culpa, riesgo u objetivación) para imputar o poner a cargo al supuesto responsable del daño la obligación de resarcirlo o repararlo.

Es un error bastante generalizado el confundir la causalidad con la imputación objetiva y ésta a su vez con la imputación subjetiva, es decir, con el dolo, la culpa o el riesgo. La imputación objetiva es cierto que requiere de la intencionalidad, pero sólo en cuanto ella es un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico. «Lo que se pretende con la imputación objetiva es, precisamente, seleccionar dentro de esas acciones naturales aquéllas que resultan de interés para el Derecho, es decir, aquéllas que puedan ser reprochadas como “obra de un determinado sujeto”. En la imputación objetiva se pregunta si un portador de un determinado rol, si un garante, alguien del que se esperaba determinada conducta, la ha desplegado, llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción. Por ejemplo, para la imputación objetiva no importa si el médico era Pedro, Juan o Diego, sino que se examina la conducta exigible a un médico, conducta que por supuesto es intencional como manifestación de un querer. Por el contrario en la imputación subjetiva se examina el aspecto individual del autor, por lo que aquí ya no interesa la condición genérica de médico, sino la subjetiva de Pedro, Juan o Diego, en el caso concreto, es decir su capacidad de previsión o no del resultado, su comprensión de la situación si lo quiso expresamente o lo aceptó como posible, etc. Expresado de una forma más general, con la imputación objetiva se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuándo un suceso es “la obra” de alguien), mientras que en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer». (40)

En este orden de cosas, sin duda el principal problema con el que hay que enfrentarse en este estudio es el de la causalidad e imputación objetiva, es decir, seleccionar de entre todas las condiciones que dieron

(40) Vid., REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, *op. cit.*, p. 133 y ss.

lugar al fallecimiento de la paciente (ingreso en un centro hospitalario no especializado en este tipo de conductas autolíticas, colocación de la paciente en una habitación no apta para suicidas, falta de vigilancia de la madre que la acompañaba, voluntariedad de la muerte por parte de la fallecida), aquélla o aquéllas que legitiman la imposición, al respectivo autor, de la obligación de indemnizar. La pregunta es ¿cuándo el hecho puede y debe ser tenido como causa del daño en relación con la obligación de indemnizar? ¿La conducta omisiva del centro sanitario puede y debe ser considerada causa del resultado de muerte?

Esta indagación es necesaria si se rechaza, como aquí se hace, la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, por sus resultados excesivamente amplios en lo que a la causa jurídica se refiere. Como explica razonadamente PANTALEON PRIETO (41), la función de estos criterios es la de evitar, dentro de ciertos límites, que sean puestos a cargo del responsable, todas las condiciones dañosas de las que su acción u omisión es causa. En este sentido, la fórmula de la conditio *sine qua non* dentro de la teoría general de la equivalencia de las condiciones, es considerada por algunos como la única correcta para determinar la causalidad, pero, por el contrario, no es válida para resolver los problemas de imputación, porque se llega a una indeseada y casi ilimitada extensión de la responsabilidad.

Este efecto se puede comprobar con el mismo ejemplo utilizado por el autor: «Supongamos que A se dirige al aeropuerto donde debe tomar un avión, a fin de realizar en París una importante operación comercial. En el camino sufre un accidente por culpa de B. Cura rápidamente de sus lesiones, pero pierde el vuelo, debiendo tomar el siguiente avión a Francia. Alcanzado por un rayo, el segundo avión cae, pereciendo A. Surgen en este caso dos cuestiones claramente diferentes. En primer lugar, cabe preguntarse si ha sido la conducta negligente de B la causa de las lesiones iniciales de A y si lo ha sido también de la muerte posterior de A a consecuencia del accidente aéreo. Se trata de una cuestión de establecer el nexo causal entre la conducta de B y el resultado producido en A. Hay que responder afirmativamente a ambas cuestiones (si B no hubiese herido a A, éste hubiese tomado el primer vuelo y habría llegado a París sano y salvo). De naturaleza completamente distinta es la cuestión subsiguiente: ¿Puede o no imputarse a la conducta negligente de B el daño derivado de las primeras lesiones?, ¿y los daños derivados de la muerte de A a la familia de éste?». Este segundo aspecto de la responsabilidad es exclusivamente jurídico, a diferencia del primer grupo de cuestiones que eran eminentemente fácticas.

En resumen, para afrontar el problema de la causalidad, como reiteradamente recuerda la mayoría de la doctrina, es necesario dirigir el

(41) Vid., *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del concepto de Derecho de daños*, op. cit., p. 46 y ss.

punto de mira a dos planos diferentes. En primer lugar, al problema fáctico de la prueba de la causalidad, es decir, averiguar si la acción u omisión analizada es condición *sine qua non* del evento dañoso (una conducta es causa de un resultado cuando suprimida mentalmente, el resultado, en su configuración concreta, no se habría producido). En segundo término, solucionar la cuestión estrictamente jurídica, la de la selección de causas jurídicamente relevantes: analizar si de entre todas las causas fácticas o condiciones necesarias, se debe eliminar alguna por ser excesivamente remota, inadecuada, etc. (42), eliminación que se puede llevar a cabo utilizando los llamados criterios de imputación objetiva (43).

(42) *Vid.*, CAVANILLAS MÚGICA, *Comentario a la STS de 11 de marzo de 1988*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, n.º 17, 1988, p. 383 y ss.

(43) En este sentido se debe citar la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de septiembre de 1995 en la que, contrariamente a lo que es habitual, el ponente recoge una serie de puntualizaciones en el terreno de la causalidad y las teorías que en torno a la misma se han formulado hasta el momento. A saber: «1.º) Que la doctrina jurídica sobre los problemas de causalidad muestra la existencia de dos teorías sucesivamente dominantes. La de la equivalencia de las condiciones... y la de la causalidad adecuada... Dentro ya de esta última teoría, mayoritariamente aceptada hoy por doctrina científica y jurisprudencial, tanto extranjera como española, cabe estudiar el problema de la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero, respecto del cual es unánimemente aceptado que, en los supuestos en que la intervención dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se producirá una auténtica interrupción del nexo, determinativa de una responsabilidad de este último. 2.º) Por su parte la doctrina reciente emanada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada al declarar que la relación de causalidad es un concepto importado de las ciencias naturales, aunque procedente de la filosofía, y con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consecuente (efecto), tratándose de averiguar qué papel desempeña en el complejo causal un acto humano libre que se inserta entre los antecedentes del resultado, para cuya averiguación se puede acudir a unas teorías individualizadoras que distinguen entre condicionamientos y causa. Para éstos la causa es la condición más eficaz o el impulso decisivo para la cualidad del efecto, o a otras generalizadoras, que no reconocen esta distribución y, entre las cuales figura la de la equivalencia de las condiciones, doctrina de impecable corrección lógica, pero que puede conducir a consecuencias absurdas e imposibles y según la cual es causa toda condición que, suprimida mentalmente, daría lugar a que no se produjese el resultado. Pero la subsistencia de cursos causales anómalos o extravagantes determinó la aparición de las teorías de la calculabilidad o de la adecuación, de la consecuencia natural, de la causación deficiente y de otras semejantes... Así la Sala de lo Penal comenzó a exigir la calculabilidad o previsibilidad del resultado, descartando la causalidad cuando las consecuencias de la conducta del agente eran incalculables o imprevisibles para él, detectándose en los últimos años que en la jurisprudencia se acoge cada vez con más frecuencia a la doctrina de la causación adecuada. 3.º) Que dentro ya del campo de la responsabilidad civil, la moderna doctrina jurisprudencial ha venido evolucionando en el sentido de abandonar posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, a la que en otros tiempos se mostró propicia y, aún sin adscribirse a la de la causalidad adecuada, ni a cualquier otra de análoga significación, optar decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se

Ahora bien, (44) en el campo de las omisiones, no cabe distinguir entre problemas causales y problemas de imputación objetiva, pues no puede hablarse con propiedad de causalidad de las omisiones (*ex nihilo nihil fit*, la nada, nada causa). Entre la omisión y el resultado no puede establecerse en sentido estricto una relación de causalidad. No obstante, la doctrina dominante exige como requisito imprescindible de la responsabilidad, en estos casos, una cuasicausalidad y ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el agente, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado (hay que tener en cuenta que nunca se puede llegar a establecer con certeza la efectiva causalidad, sino su probabilidad rayana en la seguridad) (45).

GIMBERNAT ilustra esta idea con el siguiente ejemplo: El guarda de un paso a nivel que no baja la barrera cuando se aproxima el tren que arrolla al conductor, los encargados de la vigilancia que ante un fenómeno atmosférico no obligan a abrir las compuertas de una presa, que se desmorona y provoca una catastrófica inundación con daños en personas y bienes; el electricista municipal que, a pesar de haber sido requerido para ello, no repara una farola pública, cuyos cables quedan al descubierto y fallece un niño al entrar su cuerpo en contacto con la misma; los empresarios, arquitectos, directores de obras, etc., que permiten pasivamente que los obreros instalen instrumentos de trabajo sin las medidas de seguridad prescritas. En todos estos supuestos parece que si ha de imputarse a esas personas los resultados producidos, esa responsabilidad sólo se podrá reconducir a las correspondientes omisiones que habrían podido evitar los resultados. En todos ellos no se puede decir que se hayan causado los resultados por las inactividades, sino únicamente que si se hubiera actuado, habría impedido (o al menos disminuido el riesgo de) el resultado lesivo (46).

Analicemos pues, los criterios de imputación objetiva a los que la doctrina moderna recurre para atribuir o no al demandado la responsabilidad por el resultado lesivo que jurídicamente ha causado. Criterios que, repito, se elaboraron en la década de los 60 con la pretensión de buscar correctivos a los vacíos dejados por las diferentes formulaciones de la teoría de la causalidad (criterios del incremento del riesgo, del fin de protección de la norma, del riesgo general de la vida, de la pro-

derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido. 4.º) Que la doctrina imperante de la causalidad adecuada es perfectamente viable y aplicable a los supuestos de coexistencia de conductas contributivas en la relación de causalidad, demandando tan sólo para su solución la determinación de la contribución de cada conducta en la relación causal determinante del resultado».

(44) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 1902 del Código civil*, op. cit., p. 1984; GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, III, p. 5 y ss.

(45) Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, op. cit., p. 5 y ss.

(46) Vid., op. cit., p. 11 y ss.

hibición de regreso, de la confianza, de la competencia de la víctima y de la adecuación). Para ello es ineludible seguir, una vez más, las pautas introducidas por PANTALEON PRIETO (47), quien ha estudiado en profundidad la finalidad y el sistema de aplicación de estos criterios.

1.º) CRITERIO DEL RIESGO GENERAL DE LA VIDA

Este límite a la responsabilidad civil niega la imputación de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el transcurso normal de la existencia del afectado, como los que con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente. La idea por lo tanto es que la víctima de un ilícito no debe ser garantizada contra los riesgos a los que estaría expuesta, aunque el ilícito no se hubiera realizado.

Preguntémonos ahora: ¿Se puede afirmar en nuestro caso concreto que el INSALUD no debe responder del fallecimiento de la paciente, porque se trataba de un riesgo ligado al natural existir de la misma? El hecho de que la joven hubiera intentado ya en varias ocasiones quitarse la vida mediante la ingestión de barbitúricos y alcohol, ¿puede ser considerado un riesgo vinculado a la conducta ordinaria o que cabía esperar en el transcurso de la existencia de la misma? Se trata de un caso difícil, pero para resolverlo se puede acudir nuevamente a las ideas de PANTALEON: «La producción del evento dañoso al que la víctima está especialmente expuesta o es anormalmente propensa, no puede considerarse realización del riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, a no ser que el suceso imputable al demandado, que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana, porque se trata del justo término medio entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda (a poder llevar una vida normal, sin que ello se considere “culpa” por su parte), y el de sus conciudadanos a no cargar *uti singuli* con las enfermedades y debilidades ajenas. La finalidad limitativa de este criterio es clara: si la función reintegrativa constituye el fundamento necesario (si no suficiente) de la responsabilidad por daños, es consecuente que esta última no puede operar cuando conduciría a un enriquecimiento de la víctima (la suma que debe atribuírsele a la víctima a título de resarcimiento, no debe superar

(47) Vid., *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en Centenario del Código civil (1889-1989), tomo II, p. 1566 y ss.

el montante del daño que ha sufrido y que no habría sufrido si el acto ilícito no se hubiera realizado)».

Este criterio limitativo de la responsabilidad lo explica ejemplarmente, en la doctrina extranjera, TRIMARCHI: «la víctima no tiene derecho a ser garantizada contra aquellos riesgos a los que hubiera estado sustancialmente expuesta, aunque el hecho ilícito (recuerdo que en nuestro caso es la omisión imprudente del centro sanitario) no se hubiera verificado».

«Supongamos —dice el autor— que A hiere a B, quien ingresa en el hospital. Cuando lo abandona, a pocos metros del mismo, es atropellado por un coche y muere. Parece claro que la responsabilidad de A no debe extenderse a las consecuencias del atropello, no obstante su acto ilícito haya sido una condición *sine qua non* del resultado lesivo final. Y la razón estriba en que para B el riesgo de sufrir un atropello en la calle hubiera sido el mismo aunque no hubiera sido herido por A».

La imposición al dañante de la obligación de «asegurar» al dañado contra todos los accidentes que puedan sucederle y respecto de los cuales el acto ilícito sea condición *sine qua non*, pondría a la víctima en una situación mejor que aquélla en la que se habría encontrado a falta del acto ilícito y constituiría, qué duda cabe, un enriquecimiento en sentido amplio, que no entra dentro de las funciones que debe cumplir la responsabilidad civil.

Otro ejemplo de TRIMARCHI puede aclarar mejor esta idea: «A culposamente embiste la camioneta de B, haciendo que se retrase en la entrega a la sociedad de ferrocarriles de las mercancías que transportaba. En consecuencia, las mercancías no pueden ser entregadas el día pactado y deben quedar depositadas en un almacén durante algunos días a la espera de su transporte posterior. Durante el depósito, son robadas. En este caso, el acto ilícito de A, ha sido condición necesaria de la pérdida de las mercancías, pero A no responde de la sustracción. La razón radica en que, siendo necesario su depósito temporal en un almacén, se las ha expuesto al robo por terceros, a un acto doloso de terceros. Y, el riesgo de sufrir actos ilícitos por parte de terceros o casos de fuerza mayor se distribuye, como es sabido, de un modo sustancialmente uniforme en el espacio y en el tiempo. El acto ilícito del demandado ha contribuido a causar el evento dañoso, única y exclusivamente, en el sentido de haber determinado la presencia del bien lesionado en el lugar y en el tiempo en el que ha operado el hecho excepcional o el acto doloso del tercero».

Ahora bien, esta fórmula del incremento del riesgo opera también en aquellas otras hipótesis en las que el daño se ha debido a circunstancias sobrevenidas no excepcionales.

Por ejemplo: Si A hiere a B, haciendo necesario su ingreso en el hospital y, allí enferma por una infección, la responsabilidad de A no se extiende a las consecuencias de la enfermedad si el riesgo de contagio

no es mayor en el hospital que fuera de él y si el contagio no se debió al debilitamiento producido por la herida.

En las hipótesis vistas hasta ahora, el acto ilícito ha contribuído a causar el daño simplemente por dar lugar a la presencia pasiva del bien lesionado en un cierto espacio y en un cierto tiempo. Pero este principio ha de aplicarse igualmente en una segunda situación típica: aquélla en la cual el acto ilícito ha hecho necesario el cumplimiento por parte del dañado de actos de la vida ordinaria que implican la exposición de quien los realiza a un riesgo considerado tolerable. Si tal riesgo se concreta en daño, la responsabilidad del autor del ilícito no se extiende a aquél. La razón es la misma que la que vale para la situación examinada anteriormente: el acto ilícito ha expuesto al bien lesionado a un riesgo inherente a ciertos actos de la vida ordinaria, pero es necesario tener en cuenta que el bien dañado hubiera estado igualmente expuesto a un riesgo análogo, incluso a falta del acto ilícito.

Habrá quien piense que todos los actos de la vida ordinaria no presentan el mismo riesgo y es cierto. Sin embargo, el Derecho, por razones obvias de simplificación, no impone la confrontación entre el riesgo efectivamente sufrido y aquél alternativamente hipotético: mediante una valoración típica, los riesgos de los actos de la vida ordinaria se consideran sustancialmente equivalentes siempre que se encuentren dentro del límite de lo considerado socialmente tolerable.

Imagínese que un mecánico dolosamente ha retrasado cualquier hora la entrega del automóvil a su propietario, constriñéndole así a soportar el tráfico en hora punta para llegar a una cita ineludible. Mientras está en un puente, de obligado paso y en el que por lo general en las horas punta está siempre congestionado, siendo muy a menudo además escenario de accidentes, sufre una embestida por un coche que venía detrás, lo que provoca tanto daños en su automóvil, como en su persona. Si el automóvil hubiera sido entregado puntualmente, todo esto no hubiera sucedido. Sin embargo, la responsabilidad del mecánico no debe extenderse a las consecuencias del accidente, porque ha sido la realización de un riesgo inherente al tráfico de las horas punta, riesgo que hay que considerar como propio de la vida ordinaria.

Siguiendo la línea de pensamiento de TRIMARCHI (48) hay que aplicar este límite del riesgo general de la vida a tres situaciones típicas.

a) El acto ilícito ha sido condición necesaria del evento, sólo por haber determinado la presencia del bien dañado en el lugar y en el tiempo en los cuales el evento mismo se ha verificado, y el riesgo de un suceso dañoso del tipo de aquél que se ha verificado, se distribuye en un modo sustancialmente uniforme en el espacio y en el tiempo. En

(48) Vid., *Causalità e danno*, ed. Giuffrè, Milán, 1967, p. 58 y ss.

estos casos el acto ilícito, al determinar la presencia del bien o de la persona en un cierto lugar y en un cierto momento, lo expone al riesgo de un evento dañoso en aquel lugar y tiempo, pero contemporáneamente lo está sustrayendo de un riesgo análogo al que hubiera estado expuesto de cualquier manera en ese mismo momento, o bien en el mismo lugar en otro momento. Siendo los dos riesgos sustancialmente iguales, resulta evidente que el daño sufrido no es una realización de un «*incremento del riesgo*» debido al acto ilícito, y al que, por consiguiente, se le deba extender la garantía puesta a cargo del responsable.

Traslademos ahora este principio a nuestro caso: ¿se puede decir que el acto ilícito del hospital (en su concreción de omisión del deber de vigilancia y seguridad de la paciente) ha sido condición necesaria del evento de su fallecimiento por suicidio, sólo porque determinó la presencia de la joven en el lugar y tiempo en que se verificó?, ¿y que el riesgo del fallecimiento por suicidio de la misma se podía haber verificado en un modo sustancialmente uniforme en cualquier espacio y tiempo? Si las respuestas son afirmativas, deberá negarse la imputación al Insalud por ser su omisión sólo una condición del evento dañoso, pero no su causa «*jurídica*».

b) También este principio puede aplicarse a una segunda situación típica: aquélla en la cual el acto ilícito haya hecho necesaria la realización, por parte de la víctima, de actos de la vida ordinaria que implican la exposición de quien los realiza a un riesgo considerado tolerable. Si ese riesgo se concreta en daño, la responsabilidad del autor del ilícito no se extiende a aquél. La razón es parecida a la de la hipótesis anterior: el acto ilícito ha expuesto al bien o a la persona dañada a un riesgo inherente a determinados actos de la vida cotidiana, pero es necesario tener en cuenta que hubiera igualmente estado expuesto a un riesgo análogo, incluso a falta del acto ilícito. En nuestro caso hay que recordar que, precisamente, el argumento de la demandante es el alto riesgo de suicidio que tenía la paciente y, quizá, pudiera pensarse que el hecho de que ya la joven había intentado en múltiples ocasiones poner fin a su vida es un riesgo inherente a la vida de la misma al que hubiera estado igualmente expuesta a falta de la conducta omisiva del centro sanitario.

El caso del suicida, que ingresa en el servicio de urgencias de un hospital general por previo intento de autolesionarse, puede introducirse en estos supuestos, ya que aun no siendo estrictamente un supuesto de riesgo general de la vida, sí se puede afirmar que no ha sido la omisión del hospital más que una condición necesaria del resultado lesivo, y que, sin embargo, ha sido la realización de un riesgo al que la víctima estaba ya expuesta, pudiendo haberse verificado en condiciones análogas en otro lugar y tiempo.

2.º) CRITERIO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Propone este criterio limitativo de la responsabilidad negar la imputación del evento dañoso cuando, en el proceso causal que desembocó en aquél, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente una conducta dolosa o gravemente imprudente, salvo que dicha conducta se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o sea una de aquéllas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de evitar.

Se trata de aquellos supuestos en los que el acto ilícito ha sido concausa del daño solamente por haber ofrecido a un tercero la ocasión o el instrumento, fácilmente sustituible, para ocasionar dolosamente un daño, siempre que sea presumible que la intención dañosa del tercero hubiera encontrado modo de realizarse con análogos efectos.

Un ejemplo de esta situación sería el caso resuelto por la STS de 11 de marzo de 1988: Se trataba del incendio del Hotel Corona de Aragón, iniciado en la freiduría del mismo y, que normalmente hubiera sido sofocado con los medios existentes en el establecimiento a tal fin, pero que se extendió catastróficamente por la introducción en la causa originante del incendio de algún elemento extraño, colocado por personas desconocidas (pigoral o napalm), lo que explicaría la producción en escasos minutos de una gran inflamación, con humo densísimo y elevada temperatura, que se extendió, también en pocos minutos, por las dependencias del hotel, produciéndose el resultado notoriamente conocido de pérdida de vidas humanas, lesiones y daños (49).

Este criterio quizá nos pueda servir para establecer la conexión entre la conducta omisiva del centro hospitalario y la de la madre que acompañaba en el momento de suceso lesivo a la paciente. Es decir, ¿es suficiente la omisión del deber de vigilancia del personal sanitario para imputarle el resultado del fallecimiento o hay que tener en cuenta la posterior omisión del deber de cuidado que también pesaba sobre la madre de la suicida, que se encontraba acompañándola en la habitación cuando tuvo lugar la defenestración para excluir la imputación objetiva al sanatorio?

(49) *Vid.*, CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 383 y ss., quien acertadamente se pregunta si es correcta la doctrina apuntada en esta sentencia, según la cual el dolo concurrente de tercero resta relevancia causal a la inicial imprudencia del demandado. Para el autor es necesario investigar cada regla concreta o normas de conducta, para saber si pretende proteger a las eventuales víctimas de una actuación voluntaria de tercero que es facilitada o permitida por culpa del demandado. Lo que es lo mismo, ¿Qué tipo de daños se pretende evitar cuando se recomiendan ciertos cuidados en el manejo de los elementos inflamables que se contienen en la churrería de un hotel? Es evidente —afirma el autor— que no quiere evitarse la inflamación de ciertos materiales dolosamente colocados por un tercero.

A este respecto JAKOBS (50) puntualiza que la prohibición de regreso no anula los deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar la responsabilidad. Los límites de la prohibición de regreso pueden ser discutidos. Sin embargo, este principio ha de ser aceptado por quien pretenda seguir garantizando que la libertad de perseguir los respectivos fines propios no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales: «Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aún, que requiere en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar nunca a una prohibición de regreso».

A este criterio de prohibición de regreso debe añadirse otro más: el llamado **principio de confianza**, que se suele dar en los supuestos de responsabilidad hospitalaria y en cualquier otro establecimiento donde es necesario para su desenvolvimiento una organización de trabajo. Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás, porque si fuera de otro modo no sería posible la división del trabajo. Existe, por lo tanto, un principio de confianza. «Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea». Pero ésta no es la única razón, ni siquiera la fundamental de la introducción de este principio. La razón fundamental, estriba en que los demás son, a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no también como sujetos responsables.

El principio de confianza, —explica el autor alemán— puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien actuando como tercero, genera una situación que es inócua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto.

En nuestro caso, el personal sanitario, tras haber realizado las curas de urgencia y colocado a la paciente en una habitación con la asistencia de un familiar cercano, ¿podía confiar en que cumpliera con sus deberes de acompañamiento y asistencia, porque normalmente puede confiarse en que así suceda?

En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes no ocasiona daño alguno.

Esta segunda aplicación del principio de confianza puede tomarse en cuenta, en nuestro caso concreto, bajo dos puntos de vista: el acom-

(50) *Vid., La imputación objetiva en el Derecho Penal*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 160.

pañante podía confiar en que el lugar elegido por los sanitarios para dejar ingresada a la paciente era apto para el caso concreto y, por consiguiente, no era necesario acompañarla al baño. O bien, el personal sanitario podía prever justamente que, una vez asistida la paciente y situada en la habitación, al estar acompañada de su madre no podía correr riesgo alguno de autolesión y, mucho menos, de fallecimiento.

3.º) CRITERIO DE LA PROVOCACIÓN O DE COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA

Hay que negar la imputación objetiva de demandado cuando el propio comportamiento de la víctima fundamente que sea a él a quien se le deba imputar el resultado lesivo. En este sentido JAKOBS (51) aclara que, «incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol, a la diligencia que le es exigible. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol, en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto en cuanto el conjunto de bienes, que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella. Son aquellos casos en que la víctima con su propio comportamiento otorga la explicación necesaria para que le sea imputada la consecuencia lesiva, porque ha infringido el esencial deber de autoprotección llevando a cabo una **«acción a propio riesgo»**. La infracción de los deberes de autoprotección constituye el reverso de lo que en el lado del posible responsable demandado es un quebrantamiento no intencionado del rol, un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado e intentar después distanciarlo de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar, como fruto de su comportamiento, las consecuencias que, conforme a un pronóstico objetivo, son previsibles». La regla es obvia como puntualiza metafóricamente JAKOBS: «quien se zambulle por sí solo en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia del agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado».

En nuestro caso parece que la acción suicida de la fallecida podría tomarse como una acción a propio riesgo que lesiona el más mínimo deber de autoprotección que incumbe a cualquier persona. Sin embargo, lo que ya no es tan evidente es que la competencia de la víctima excluya de manera radical la del hospital, o que no haya una concurrencia de culpas que disminuya la responsabilidad del centro sanitario sin eliminarla del todo. Para resolver esta cuestión quizá fuera conveniente

(51) *Vid., La imputación objetiva en Derecho penal, op. cit., p. 109.*

analizar el grado de imputabilidad de este tipo de pacientes como han hecho los Tribunales extranjeros. Sin embargo, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento de la víctima, es tan insuficiente (como advierte el autor alemán) como, de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo. «Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino del dato normativo, del quebrantamiento de un deber, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el papel de víctima o el de alguien que configura la situación, es decir, que actúa a propio riesgo». A mi juicio, si la paciente no es una persona incapaz y, por lo tanto inimputable, se podría afirmar que debe ser a ella a quien se le impute el resultado lesivo, puesto que ha infringido su deber de autoprotección realizando una acción a propio riesgo.

4.º) CRITERIO DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Este criterio fue propuesto por ROXIN en 1962, junto a la de fin de protección de la norma formulada en ese mismo año por GIMBERNAT, como intento de resolver las contradicciones en las que caía la anterior **teoría de la conducta alternativa conforme a Derecho** (52). Esta última teoría se basa en la idea de que debe excluirse la responsabilidad cuando el resultado causado por una acción descuidada, se habría producido también, aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a Derecho. ¿Debe un sujeto responder del daño causado por su conducta ilícita, cuando se constata que, de haber obrado lícitamente, se habría producido también un evento dañoso, sustancialmente idéntico al efectivamente acaecido? Este principio, que según GIMBERNAT supone una enésima resurrección de la fórmula de la *conditio sine qua non* pero para establecer en vez de la causalidad, la antijuricidad, a juicio de gran parte de la doctrina debe ser rechazado en su enunciación inicial, por la imposibilidad de demostrar algo que no ha sucedido: lo que ha causado realmente el resultado lesivo ha sido un comportamiento imprudente, y qué es lo que habría sucedido si el sujeto hubiera obrado diligentemente (conforme a Derecho) es algo que escapa a cualquier constatación empírica.

PANTALEON PRIETO ilustra la aplicación de este criterio, entre otros, con el siguiente ejemplo, extraído de la jurisprudencia alemana: «Un médico emplea para anestesiar al paciente una inyección de cocaína, en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Esto era un fallo profesional y el paciente muere a consecuencia de la inyección. Posteriormente se pone de manifiesto que, dada la constitución física

(52) Vid., GIMBERNAT, *Causalidad, omisión e imprudencia*, op. cit., p. 30.

del paciente, posiblemente el empleo de la novocaína, por el que nada se hubiera podido reprochar al médico, también habría provocado la muerte» (53).

Pues bien, para obviar los problemas a los que dio lugar esta primera formulación de la teoría de la conducta alternativa conforme a Derecho, la doctrina ha ofrecido varias fórmulas de solución, partiendo siempre de la relevancia jurídica de la teoría inicial. De esta guisa se proponen dos nuevos criterios: el del incremento del riesgo y el del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad.

El primero de ellos, que es el que trae el título de este apartado (**criterio del incremento del riesgo**), viene formulado y aplicado de tres modos diferentes (54):

a) El primero propone la siguiente fórmula práctica: «No cabe imputar objetivamente a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si dicha conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento en cuestión. Es decir, cuando suprimida mentalmente aquella conducta o introducida mentalmente la acción debida (en los casos de omisión), el evento dañoso, en su configuración totalmente concreta, se hubiera producido también con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza (caso de la novocaína). Sin embargo, esta primera formulación fue muy criticada al entender que lesionaba el principio “*in dubio pro reo*”, porque admitía la culpabilidad siempre que no se probara con seguridad que, aun habiéndose obrado diligentemente, el resultado se habría producido».

En la doctrina española, PANTALEÓN PRIETO critica esta objeción al estimar que el fundamento de este criterio de exclusión de responsabilidad se encuentra en que cuando se constata que de haber actuado lícitamente el resultado se habría producido igualmente, queda establecido que el agente no ha aumentado por encima de lo permitido el riesgo del acaecimiento del evento producido. «Aunque es cierto —explica—, que la conducta del agente, examinada *ex ante*, había sobrepasado los límites del riesgo lícito (por eso era culposa o negligente), se ha constatado *ex post* que, respecto al evento concretamente acaecido, no ha existido tal extralimitación».

b) En segundo lugar, hay que entender que sólo puede imputarse objetivamente el resultado y condenar al responsable, cuando pueda

(53) *Vid., Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños, op. cit., p. 79.*

(54) En este punto se siguen fielmente las ideas de PANTALEÓN PRIETO porque, sin querer hacer desprecio a las contribuciones de los demás autores que se han preocupado por el tema, ha estudiado crítica y profundamente su evolución doctrinal y jurisprudencial, los problemas teóricos y prácticos que surgen de la aplicación de todos estos criterios de imputación objetiva y las soluciones que se han venido aportando en esta materia. *Vid., Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños, op. cit., p. 88 y ss.*

establecerse con una probabilidad rayana en la certeza que el resultado se habría evitado, de haberse obrado diligentemente. PANTALEON PRIETO muestra su radical oposición a esta fórmula al entender que, el no imponer responsabilidad cuando existe una simple probabilidad, es una absolución injustificada, porque si no es seguro, sino sólo posible o probable, que el evento dañoso se habría igualmente verificado a consecuencia del riesgo permitido, está claro que la ilícita creación de un riesgo que sobrepasa la medida consentida, ha aumentado la probabilidad de que se verifique el evento lesivo.

GIMBERNAT (55) tampoco parece estar de acuerdo en la aplicación de esta segunda fórmula: «En la comisión por omisión imprudente, y en contra de los que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de seguridad o precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado efectivamente el resultado.

c) La tercera y última fórmula es estrictamente la del incremento del riesgo. En materia de responsabilidad por culpa, no cabe imputar un concreto evento dañoso a una determinada conducta, si tal conducta comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. Es una cuestión de «igualdad». Una acción que no rebasa el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, por muy negligente que sea, ha de ser juzgada en ese mismo aspecto del mismo modo que una conducta no prohibida, de lo contrario, supondría volver de hecho a la punición por el mero «*versari in re illicita*».

Llegados a este punto, y retomando el caso del suicidio de la paciente en el hospital, hay que advertir a todo aquél que ya esté pensando que el haber situado a una paciente potencialmente suicida en una habitación sin enrejado es de por sí un incremento del riesgo de que feneciese, que debe tener en cuenta que para que la creación de un riesgo sea considerada ilícita, es necesario que aquél sea de una cierta relevancia, es decir, bastante alta la probabilidad del incidente o bastante grave el daño que amenaza con producirse. ¿Se hubiera verificado el fallecimiento si se hubiera colocado a la paciente en otra habitación con enrejado?, ¿ha incrementado el riesgo del suicidio el hecho de que estuviera en dicha habitación? ¿Se hubiera verificado el suicidio de haber vigilado a la paciente, conforme a las reglas de la *lex artis* hospitalaria?

(55) Vid., *Causalidad, omisión e imprudencia*, op. cit., p. 41.

5.º) CRITERIO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA FUNDAMENTA- DORA DE LA RESPONSABILIDAD

Como se ha dicho antes, esta proposición fue realizada por GIMBERNAT ORDEIG, en la misma época que ROXIN formulaba la del incremento del riesgo, ya que no la podía aceptar por entender que conducía a la imposición de la responsabilidad en casos en los que, a su juicio, se debía absolver. Por ejemplo, el guardabarreras que imprudentemente no cierra la barrera cuando va a pasar el tren. Un suicida se arroja ante la locomotora y perece. Aplicando la teoría del incremento del riesgo, habría que decir que si el guardabarreras hubiese obrado diligentemente, la muerte se habría evitado, ya que la barrera era tan alta que éste no habría podido saltarla (56).

La argumentación de este criterio sería: No cabe imputar objetivamente al presunto responsable un resultado lesivo que caiga fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse su responsabilidad. El problema causal, en esta teoría, se reduce a una interpretación finalista de la norma de conducta culpablemente infringida. Sólo son indemnizables aquellos daños para cuya evitación, precisamente, se impone el deber infringido. Esta teoría, a diferencia de las demás, entiende necesario valorar los intereses concretos que buscaba proteger la norma afectada en cada supuesto. Cada una de las normas de conducta, de las pautas en las que puede fragmentarse el deber general de diligencia, tiene un diferente ámbito de protección, ampara unos distintos intereses, un variable sector de indemnidad ajena. La diversidad tipológica de la culpa, o mejor, del ilícito civil, lleva consigo la necesidad de hacer una lectura teleológica para medir sus efectos (la obligación indemnizatoria), lo que no supone más que respetar la finalidad que la regla infringida perseguía (57).

Un ejemplo obvio para aclarar esta idea: Ticio transporta a dos niños en una motocicleta, violando así una norma de circulación cuya finalidad es la de evitar en la medida de lo posible los graves daños que

(56) PANTALEÓN PRIETO, aun mostrándose de acuerdo con las objeciones realizadas por GIMBERNAT a la teoría de ROXIN, aclara que en estos casos propuestos por los penalistas no se encuentran dentro de aquella constelación de supuestos prácticos a los que la teoría del incremento del riesgo pretendía dar solución. ROXIN intenta dar solución a aquellos casos en los que la conducta alternativa lícita hubiera producido un resultado sustancialmente idéntico al efectivamente acaecido. GIMBERNAT propone casos que se caracterizan por la seguridad (y no una mera probabilidad) de que, de haber obrado lícitamente, el resultado no se hubiera producido. Y como PANTALEÓN afirma, no es justo criticarle a una solución el no resolver adecuadamente casos para los que, en modo alguno, está destinada. *Vid., Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños, op. cit., p. 103.*

(57) *Vid., CAVANILLAS MÚGICA, Comentario a la STSde 11 de marzo de 1988, op. cit., p. 387.*

podieran sufrir menores y más de un acompañante de este tipo de vehículo. A causa del fuerte viento al que han sido expuestos, uno de los niños enferma de bronquitis. En este supuesto, existe un daño originado por la conducta ilícita de Ticio, pero no hay duda de que no responde por él, porque el daño no es realización del riesgo en consideración al cual la conducta se había estimado ilícita. Es evidente que respondería si hubieran sufrido un accidente de tráfico, porque se hubiera dado precisamente el resultado que la norma de protección trataba de evitar imponiendo el deber de diligencia concreto.

Un razonamiento totalmente análogo vale para aquellos casos en los que haya sido omitida la adopción de una medida de prudencia y se haya causado un daño que se hubiera evitado con el cumplimiento del acto debido, siempre que tal daño no sea la realización o concreción de aquel riesgo que se tenía el deber de aminorar o de evitar. Tal como afirma TRIMARCHI (58), no se puede justificar una solución distinta. No existe motivo por el que un riesgo que no está prohibido y que no es objeto de prevención deba fundamentar la responsabilidad, sólo porque conectado causalmente con otros riesgos haya provocado un daño. La extensión de la responsabilidad en estos casos sólo podría defenderse si se la considerara como un método de prevención del ilícito. Pero parece claro que la finalidad preventiva no puede justificar cualquier ampliación de la responsabilidad y extenderla a daños producidos por la realización de otros riesgos, conectados ocasional y causalmente con el prohibido por la norma, porque significaría renunciar a la finalidad primera de la responsabilidad. A esta explicación hay que añadirle la consideración inversa: si se admitiera también la responsabilidad por hechos lícitos, conectados de alguna manera con el ilícito, esta responsabilidad debería afirmarse también cuando el riesgo ilícito no haya provocado daño alguno. Y de este modo se acabaría por atacar civilmente imprudencias que no han tenido consecuencia lesiva alguna.

En la doctrina española suele ejemplificarse la aplicación de este criterio con el conocido caso de la STS de 18 de febrero de 1946, en la que resultaron muertos unos obreros, que estaban trabajando en domingo en una fábrica, como consecuencia de la explosión de un polvorín cercano a la misma. Si la norma que impone el descanso laboral dominical persigue, bien la defensa de los valores religiosos, bien la evitación de accidentes laborales motivados por la falta de descanso, no hay razón para condenar al empresario infractor de dicha norma, si sus obreros resultan heridos por la explosión, en domingo, de un polvorín cercano a la fábrica (59).

(58) Vid., *Causalità e danno*, op. cit., p. 74.

(59) Vid., CAVANILLAS MÚGICA, *Comentario a la STS de 11 de marzo de 1988*, op. cit., p. 387 y Díez-PICAZO, *Comentario a la STS de 22 de febrero de 1946*, *Estudios de la jurisprudencia civil*, vol.1, ed. Tecnos, Madrid 1981, p. 261.

En nuestro supuesto concreto, parece que la norma que fundamenta la responsabilidad del ente hospitalario es el deber de vigilancia, asistencia y seguridad que deben cumplir con sus pacientes. El contenido de este deber y sus límites dependen del tipo de hospital de que se trate. La organización hospitalaria en materia de cobertura y equipamiento, referidos ambos supuestos al aspecto personal y material, se encuentra regulada de forma diferente, según se trate de hospitales o centros asistenciales pertenecientes a la seguridad social, o ajenos a ella. En cuanto a los hospitales de la seguridad social están regulados por el Reglamento General de estructura, organización y funcionamiento de los hospitales de la seguridad social, sin perjuicio de aquellas obligaciones asistenciales que con carácter general debe cumplir toda institución sanitaria. En un hospital de carácter general, es decir, para nuestro caso no de internamiento y reclusión, el deber que pesa sobre los médicos y el personal sanitario es el general de asistencia, docencia e investigación. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 en su art. 20 dispone que: *Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:*

— La atención a los problemas de salud mental de la población se realizarán en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio que reduzcan al máximo la posible necesidad de hospitalización.

— La hospitalización de los pacientes por procesos que así se requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

— Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación de los servicios sociales.

Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general».

Fuera de estos principios generales de actuación contenidos en la Ley General de Sanidad lo único que se puede añadir es que la consideración del servicio de urgencias de un hospital general dependiente de la Seguridad Social se encuadra estructuralmente dentro de los servicios de enfermería y no dentro de las unidades médicas, lo que lleva a

afirmar que la pretendida obligación de custodia de la enferma estrictamente no existe. El servicio de urgencias está destinado a la asistencia de aquellos casos que por su especial gravedad necesitan de un cuidado inmediato y, por consiguiente, parece que el personal médico y sanitario del Clínico de Zaragoza cumplió correctamente con su obligación, no siéndole exigible una atención custodialística mayor de la que empleó. Suponiendo que la norma fundamentadora de la responsabilidad del hospital sea la falta de vigilancia del paciente, y no la del enrejado de las ventanas de los centros sanitarios, habrá que preguntarse cuál es la finalidad de protección que persigue la norma que regula el deber de asistencia médica a estos enfermos. Podría tratarse de procurar hacer un seguimiento continuado del estado de salud del paciente, pero sin ninguna clase de especialidad ulterior.

Si la norma de la que los demandantes pretenden extraer la responsabilidad hospitalaria por el suicidio de la paciente es la de la falta de enrejado en las ventanas del centro sanitario, cabría preguntarse acerca de la finalidad que cubriría esa norma si efectivamente existiera. No sería de extrañar, como sucede en los pisos bajos de casi todos los centros públicos, que fuera la de proteger el edificio de la presencia e incursiones de extraños, pero sí lo sería (extraño) la de evitar que las personas que libremente entraran en ellos, no se arrojen al vacío (sobre todo si se tiene en cuenta las normas de seguridad contra incendios: ¿qué opinaría el Tribunal, si esta paciente hubiese fallecido a consecuencia de un incendio sobrevenido en el hospital por haber sido colocado en una habitación enrejada?). También, podríamos interrogarnos acerca de la función que cumplen las normas reglamentarias sobre la permanencia, pernoctación, horarios de visita, etc., de los familiares de los enfermos en los hospitales, porque se podría llegar a la conclusión de que están pensadas, no sólo para reconfortarle y ayudarle en la medida en que ésto sea posible, sino además pueden tener algún fin terapéutico, además del práctico de descargar al personal hospitalario de labores que no son técnicamente sanitarias.

6.º) CRITERIO DE LA ADECUACIÓN

Según este criterio, no se puede imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta, que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata. El pensamiento fundamental (introducido por CARBONNIER) de este criterio es el de que, para imponer a un sujeto la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta con que el hecho haya sido en el caso concreto, la condición *sine qua non* del

daño. Es necesario además que, en abstracto o en general (*ex ante*), el hecho sea una causa adecuada del daño.

Hay que escoger, como explica ANTUNES (60), entre los antecedentes históricos del daño, aquél que según el curso normal de las cosas, se pueda considerar apto para producirlo, apartando a todos los demás, que sólo en virtud de las circunstancias extraordinarias del caso, lo puedan haber determinado. Que el hecho sea condición del daño es un requisito necesario pero no suficiente para que pueda ser considerado causa del mismo. El problema consiste en saber cuándo un hecho puede ser establecido, *abstractamente considerado*, como causa del daño. Para algunos autores, restrictivos del concepto, el hecho será causa adecuada del daño siempre que constituya una consecuencia normal o típica de aquél, o sea, siempre que verificado el hecho se pueda prever el daño como una consecuencia natural o como un efecto probable, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia corriente de la vida. Para otros, mas extensivos, el hecho que actuó como condición del daño sólo deja de ser considerado como causa adecuada, si según su naturaleza general, era del todo punto indiferente para la verificación del daño y, sólo se tornó en condición de él en virtud de circunstancias excepcionales, anormales o anómalas que intercedieron en el caso concreto.

Pues bien, siguiendo en este punto a ANTUNES, para resolver el problema de si un hecho puede considerarse como causa adecuada del daño, no es necesario que fuera previsible para su autor. Si la responsabilidad depende de la culpa del autor de la lesión, es imprescindible la previsibilidad del hecho constitutivo de la responsabilidad, ya que ésta constituye parte integrante del concepto de negligencia en cualquiera de las modalidades que pueda revestir. Pero no se exige que sean previsible los daños subsiguientes. Y además, hay que tomar en consideración, que la causalidad no se refiere al hecho o al daño aisladamente considerados, sino al proceso factual que, en concreto, condujo al daño. Es en ese proceso concreto en el que ha de haber una aptitud general o abstracta del hecho para producir el daño.

En nuestro caso, una vez más, cabe preguntarse, si la defenestración de la paciente habría sido descartada, por ser altamente improbable, por un observador experimentado (médico general o incluso un psiquiatra) que, contando además de con su propia experiencia, con los conocimientos del dañante (médico que la atendió o persona que decidió su ubicación en la habitación sin enrejado), hubiera considerado la cuestión *ex ante*, es decir, en el mismo momento en que el agente se dispuso a realizar la conducta (en nuestro caso omisiva) que desembocó en el suicidio. ¿Hubiera un experto descartado la posibilidad de defenestración de la paciente, que se encontraba acompañada por su madre, por altamente improbable? Hay que volver a tomar en cuenta

(60) Vid., *Das obrigações em geral*, I, 2.^a ed., Coimbra 1973, p. 763 y ss.

que los anteriores intentos de autolesionarse de la joven fallecida, habían sido mediante la ingestión y posterior intoxicación de barbitúricos y alcohol y todos los informes psiquiátricos a los que se ha hecho referencia al comienzo de este epígrafe. (Una persona que intenta quitarse la vida siempre mediante la ingestión de barbitúricos ¿es probable que lo intente mediante la defenestración?).

7.º) CRITERIO DE LA PERDURACIÓN DEL RIESGO O DE LA DESVIACIÓN DEL NEXO CAUSAL

En puridad, la desviación o interrupción del curso causal entre la conducta del responsable y el resultado lesivo, no ha sido formulado como criterio de imputación objetiva. Sin embargo, a mi juicio, no existe inconveniente en incluirlo como tal, sólo sea por resaltar la importancia del mismo y, que en muchas ocasiones, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, viene olvidado (61).

Se podría formular de la siguiente manera: El daño, como se ha visto, debe ser realización de un riesgo ilícito. Para que este presupuesto pueda estimarse cumplido, no es suficiente que la acción haya determinado un daño y que éste último sea del mismo tipo de los comprendidos en el riesgo ilícito. Es necesario también, que el riesgo perdure sin solución de continuidad, desde el momento de la acción u omisión lícita hasta el del evento lesivo. De otro modo, la relación entre el comportamiento y el evento, necesaria a los fines de la responsabilidad, deberá considerarse interrumpido o desviado.

Considérese el caso siguiente: A, imprudentemente deja sin custodiar un revólver cargado y un niño lo coge para jugar. Su padre interviene en un momento determinado, quitándoselo. Sin embargo se descuida en su custodia y el niño logra hacerse con él otra vez, disparándolo e hiriéndose a sí mismo y a otros. Aquí, la imprudencia de A es condición *sine qua non* del evento, sin embargo, su responsabilidad ha de excluirse, no porque la intervención de la culpa del padre ha interrumpido el nexo de causalidad jurídica que podía haber unido su conducta ilícita con el daño, sino porque, en este caso, el riesgo creado por la imprudencia de A se ha extinguido (o por lo menos reducido a un nivel socialmente tolerable), en el mismo momento en el que el arma ha llegado a las manos del padre del niño. Si el riesgo resurge sucesivamente a causa de su imprudencia, es un riesgo nuevo, aunque sea del mismo tipo que el precedente y, por lo tanto, A no debe responder. En el momento en el que el padre sustrae el arma al niño se crea una situa-

(61) Vid., TRIMARCHI, *Causalità e danno*, op. cit., p. 112, no lo incluye en los criterios de imputación, sino dentro del concepto de excepcionalidad, es decir de caso fortuito y fuerza mayor. A pesar de ello, la noción que ofrece de interrupción de la causalidad jurídica es adecuada para su formulación como criterio.

ción idéntica a la que existía con A, o a aquélla que hubiera existido si A le hubiera entregado directamente el revólver al padre (ya que hubiera sido plenamente lícita e inidónea para fundar la responsabilidad) (62).

Si en nuestro caso de estudio, consideramos, por enésima vez, que la joven suicida se encontraba acompañada de su madre en el momento en que se dirigió al baño y se arrojó por la ventana, se puede llegar a afirmar que se ha dado efectivamente una desviación del nexo causal entre la originaria conducta ilícita del personal sanitario y el resultado de muerte, puesto que igual de ilícita podría considerarse la conducta omisiva de la madre.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Tras examinar los tradicionales límites de la causalidad y suponiendo que se encontrara un criterio adecuado para estimar que la omisión del deber de custodia del hospital de Zaragoza (o la de su enrejado en las ventanas), es causa jurídica suficiente para imputarle el resultado lesivo, sería necesario pasar al siguiente escalón o estadio valorativo de la responsabilidad extracontractual. Me refiero al análisis de los fundamentos subjetivos de la responsabilidad: culpa, riesgo, u objetivación.

En el supuesto de estudio, el Tribunal Supremo aplica la responsabilidad empresarial para condenar al INSALUD al pago de la indemnización. Ahora bien, las cosas no cuadran bien con la doctrina volcada hasta este momento, puesto que se supone que la responsabilidad empresarial se objetiviza. El empresario es directamente responsable de los daños provocados por sus empleados en el ejercicio de la actividad empresarial. Responde directamente por culpa *in vigilando* o *in eligendo* y, por consiguiente, o bien debería analizar la diligencia del Insalud en la vigilancia y elección de sus empleados o bien objetivarla por el riesgo típico de la empresa que desarrolla. Lo que parece una contradicción es que analice la diligencia prestada por el personal sanitario, puesto que en este caso no estaríamos ya en presencia de una responsabilidad empresarial por hecho ajeno, sino directamente de la responsabilidad directa los empleados en cuestión por hecho propio. Es cierto que actualmente la doctrina tiende a estimar que existe responsabilidad empresarial por «propagación», es decir que basta que se pruebe la culpa del personal empleado para que directamente se entienda responsable al empresario que los ocupa y aprovecha de sus servicios.

(62) *Vid.*, en este sentido, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª) de 22 de septiembre de 1995, en *Actualidad Civil* de 16-31 de diciembre de 1995, núm. 24.

Específicamente para nuestro caso de responsabilidad médica por los suicidios, se pueden tomar en consideración las palabras de BRE-GOLI (63), que ha estudiado la responsabilidad civil de los hospitales psiquiátricos por los actos lesivos de sus pacientes sometidos a tratamientos *open door*; cuando dice que la carga de probar la culpa en la custodia recae sobre el demandante de la indemnización, y que consiste en confrontar el sistema adoptado por la institución sanitaria con las reglas que se le imponen para la protección de sus pacientes (lo que equivale a un concepto de culpa como objetiva violación de las normas sanitarias). El centro demandado, por su parte, para exonerarse de su responsabilidad debería aportar la prueba de que la adopción de las medidas de custodia eran idóneas, a la luz de las modernas exigencias terapéuticas, y que la realización del evento dañoso concreto era imposible de evitar.

Parece claro que una jurisprudencia más preocupada de resarcir los daños sufridos por las víctimas, que de la salud mental y de los problemas terapéuticos que existen en este caso de desequilibrios mentales, optará por esforzarse en encontrar el criterio idóneo que endose a los centros sanitarios la obligación de resarcir a sus pacientes o parientes de los mismos, una vez tenido en cuenta que se trata de instituciones cubiertas por seguros obligatorios. Ahora bien, aunque parezca un argumento demagógico, esta idea de responsabilizar a un tercero por los daños producidos por un débil psíquico, comporta el riesgo de que sea el enfermo quien termine pagando las consecuencias de esta práctica. La jurisprudencia extranjera se orienta, en estos casos, por responsabilizar al propio paciente de los daños que se ocasione a sí mismo o a terceros, bien parcialmente (curso de culpa de la víctima), bien totalmente (considerándolo un sujeto imputable y, por consiguiente, responsable). Es ya de por sí significativo el hecho de que la doctrina y los Tribunales vuelquen todos sus esfuerzos en buscar un criterio adecuado que consienta el resarcimiento de los daños provocados por los enfermos de mente a los encargados de su vigilancia, lo que quiere solapadamente decir, que los tradicionales fundamentos de la responsabilidad civil son insuficientes o inútiles para alcanzar este fin. La atribución de responsabilidad vicaria en cualquier caso, a los centros de asistencia psiquiátrica o sanitarios en general, bajo el presupuesto de falta de vigilancia del enfermo, no se concilia fácilmente, como ha sido puesto de manifiesto por CARLEO (64), con la concepción terapéutica y no custodialística actual del tratamiento psiquiátrico. Este fenómeno aparece más evidente cuando, además, se trata de tratamientos

(63) Vid., *Tratamenti open door e responsabilità civile degli ospedali psichiatrici per gli atti dannosi dei loro pazienti*, en Rivista di Diritto civile, 1973, 2, p. 49 y ss.

(64) Vid., *Responsabilità dell'USL per danni cagionati a terzi dall'infermo di mente soggetto a sorveglianza*, en Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1993, 1, p. 986 y ss.

sanitarios voluntarios (aunque se llegará a alegar que la responsabilidad del centro asistencial procede por no haber dispuesto el tratamiento sanitario obligatorio). Ahora bien, estas soluciones judiciales pueden llegar a suscitar un excesivo rigor o celo en el tratamiento psiquiátrico de este tipo de pacientes por parte de los profesionales para evitar cualquier tipo de demanda civil posterior.

Por otro lado, parece que no es posible o idóneo en términos de política sanitaria, establecer un criterio de imputación objetivo o uno por riesgo para este tipo de casos, ya que conduciría a la necesidad final de crear un fondo de garantía destinado exclusivamente a cubrir los daños a los pacientes independientemente de cualquier valoración de la culpa. Además, en la práctica, se produciría un efecto tipo boomerang, puesto que al final el sistema acogido se volvería contra el propio usuario de la asistencia médica, y las consecuencias negativas de esta decisión serían cargadas al perjudicado-paciente (por poner un ejemplo: subida de las cuotas de la Seguridad Social, ampliación de las listas de espera, tratamientos psiquiátricos y terapéuticos rigurosos, etc., o lo que, en definitiva, se viene entendiendo como medicina defensiva).

Parece que el único camino para intentar resolver el problema del fundamento de esta responsabilidad, es el de la culpa o negligencia en la asistencia, cuidado y vigilancia del enfermo por parte de los profesionales médicos y demás personal sanitario. Pero una vez dicho esto, es preciso establecer el contenido exacto y los límites de estos deberes, puesto que todo lo que escape de él, no deberá ser tomado en consideración en el juicio de responsabilidad y, además, por otro lado, fijará el contenido de la prueba liberatoria que deberá aportar el centro sanitario demandado, bien se presume la culpa, bien la parte reclamante aporte la que le es respectiva.

En este sentido, para no extender más el estudio de este caso específico de responsabilidad médica, y sin querer dejar zanjada la cuestión, cabe preguntarse:

1.— Un servicio hospitalario de urgencias, ¿está obligado a garantizar la integridad física del paciente, ingresado en él, mediante la adopción de unas medidas de custodia y vigilancia especiales?

2.— ¿Era previsible para los profesionales que atendieron a la paciente, durante el ejercicio del servicio médico específico que realizaban, la ejecución por parte de la misma de un nuevo intento suicida, dadas las condiciones en las que se verificó el ingreso hospitalario?

3.— Si era previsible que intentara quitarse la vida de nuevo, ¿lo era que llevara a cabo esa nueva autolesión con otro método distinto al único empleado hasta el momento?

4.— Si era previsible, ¿era inevitable por parte del personal sanitario la causación del resultado, utilizando las medidas de contención y terapéuticas idóneas?

5.— Lo que lleva a preguntarse, ¿fueron adecuadas, conforme a las modernas técnicas terapéuticas, de diagnóstico, de pronóstico, las medidas sanitarias dispuestas por los profesionales médicos y el personal sanitario, ante el cuadro médico que presentaba la paciente?

Cuando se habla de previsibilidad, inevitabilidad y causación como contenidos específicos, y a su vez límites, de la diligencia (*versus culpa*), se está haciendo referencia, no cabe duda, a la diligencia profesional, *lex artis ad hoc*, propia de la profesión médica que nos ocupa.

Pues bien, hay que concluir que si tras un análisis del caso concreto, específicamente examinado y evaluado por peritos expertos conocedores de la materia, y no antes se llega a dar respuesta afirmativa a todos estos interrogantes, y a los de la causalidad e imputación propuestos anteriormente, no existirá duda alguna sobre la responsabilidad del personal sanitario por el fallecimiento de la paciente y, en consecuencia, se deberá condenar al INSALUD al resarcimiento de los daños efectivamente causados.

Pero en cualquier caso, debe llevarse a cabo un juicio contemporáneo acerca de la culpabilidad o negligencia de la propia víctima (lo que traerá consigo el espinoso aspecto de la imputabilidad de estos sujetos (65)),

(65) El problema de la imputabilidad de estos sujetos con tendencias suicidas y de la responsabilidad civil de los inimputables, a pesar de lo que se pueda pensar en un primer momento, debe ser estudiado con profundidad, porque son muchos los puntos a debatir y demasiado importantes las consecuencias que se pueden extraer de la posición que se adopte. La doctrina extranjera (italiana, alemana, francesa y norteamericana) se ha enfrentado desde hace algún tiempo a este problema, no pudiendo llegar a una solución definitiva, pero sí a estimar, casi unánimemente, que no existe razón jurídica suficiente para no responsabilizar a los incapaces mayores de edad, que causan ilícitamente un daño a sí mismos o a terceros, y con más motivo a los mayores de edad no incapacitados. *Vid.*, entre otros y sólo a título indicativo: BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1985, 1, p. 25 y ss.; CENDON, *Infermi di mente ed altri disabili in una proposta di riforma del Codice Civile*, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 893 y ss.; *Id.*, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, ed. Il Mulino, Bologna 1984; *Id.*, *Un altro Diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Nápoles 1988, p. 956; DE CUPIS, *Il favor del Diritto per gli incapaci*, *Rivista di Diritto civile*, 1982, 2, p. 763 y ss.; DRESCHLER, *Civil Liability for Death by Suicide*, 11 *American Law Review* 2nd, 1950, p. 751 y ss.; DEAN, *The judicial Interpretation of Suicide*, 105 *University of Pennsylvania Law Review*, 1957, p. 391 y ss.; GOMAA, *La réparation du préjudice causé par les malades mentaux*, *Revue trimestrielle du Droit civil*, t. 69, 1971, p. 3 y ss.; LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, París 1961; LAFON, *La Responsabilité civile du fait des malades mentaux*, París 1960, p. 29 y ss.; MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, marzo, 1991, p. 229 y ss.; MAZEAUD y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, París 1958, vol. II, p. 475 y ss.; ONDEI, *Nota sulla responsabilità civile dei non imputabili*, en *Rivista di Diritto civile*, 1965, 2, p. 462 y ss.; PRINCIGALLI, *Crepuscolo della responsabilità medica nella Repubblica Federale di Germania*, *ibidem.*, 1983, 1, p. 405 y ss.; PATTI, *Ancora sul favor del Diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione di segno opposto, dell'ordinamento francese)*, *ibidem.*, 1983, 2, p. 642 y ss.; PELLECCIA, *L'art. 2047 C.c. tra anacronismi e pericolose*

y la del familiar que la acompañaba sobre el que también pesaba el deber de vigilancia. Todo lo cual podría llevar, cuando menos, a un concurso de culpas y a la reducción de la cuantía indemnizatoria, si no a preguntarse por la eficacia de las llamandas causas alternativas o hipotéticas del daño.

fughe in avanti: ovvero, quando l'infermo di mente, il «sorvegliante» e il danneggiato sono tutte vittime, en Responsabilità civile e previdenza, 1994, 6, p. 1067 y ss.; PETRELLI, *La responsabilità civile dell'infermo di mente nell'ordinamento francese*, en Rivista di Diritto Civile, 1991, 1, p. 77 y ss.; RIGELHAUPT, *Liability of doctor, psychiatrist or psychologist for failure to take steps to prevent patient's suicide*, 17 American Law Review 4th, 1128; SCIANCALEPORE, *A proposito degli anziani malati cronici non autosufficienti*, en Nuova Giurisprudenza civile commentata, 1994, p. 130 y ss.; SPLANE, *Tort Liability of the Mentally Ill in Negligence Actions*, en Yale Law Journal, 1983, XCIII, p. 153 y ss.; VENCHIARUTTI, *Infermità di mente e Diritto privato*, Rivista di Diritto civile, 1984, 2, p. 598 y ss.; *Id.*, *Infermità di mente, ibidem.*, 1991, 2, p. 145 y ss.; *Id.*, *La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia*, Rivista critica del Diritto privato, 1986, p. 493 y ss.; VINEY, *Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil (a partir d'un système de réparation des dommages causés sous l'empire d'un trouble mental, une nouvelle étape de l'évolution du Droit de la responsabilité civile)*, Revue trimestrielle du Droit civil, t. 68, 1970, p. 251 y ss.; *Id.*, *Les obligations. La responsabilité: Conditions*, en Traité de Droit civil, Ghestin, Paris 1982, p. 697 y ss.; VISINTINI, *Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*, en La Nuova Giurisprudenza civile commentata, 1995, 2, p. 51 y ss.; *Id.*, *La nuova disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali*, en Rivista critica del Diritto privato, 1984, p. 817 y ss.

Otros efectos de la pérdida fortuita

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Profesora Titular de Derecho civil

SUMARIO: I.— Introducción. II.— Obligaciones condicionales: arts. 1122 y 1123. III.— Obligaciones alternativas; art. 1136. IV.— Obligaciones restitutorias nacidas de la declaración de nulidad: arts. 1307 y 1314. V.— Contrato de compraventa: art. 1452. VI.— Contrato de arrendamiento: art. 1568. VII.— Contrato de obra: arts. 1589 y 1590. VIII.— Contrato de sociedad: art. 1687 y 1701. IX.— Otros preceptos sobre la pérdida fortuita. X.— Conclusiones.

I. INTRODUCCION

En el Código civil español la pérdida de la cosa debida es una causa de extinción de las obligaciones, mencionada en el art. 1156 y regulada en los arts. 1182 a 1186. El art. 1182 declara extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora. Establece, respecto de las obligaciones de dar, en qué casos la imposibilidad sobrevenida es liberatoria para el deudor, pero nada más. Consagra uno de los efectos —el más característico y general— de la pérdida fortuita, pero no se refiere a todos (1). Encontramos, sin embargo, dentro del Libro IV del Código, un buen número de normas referido a la pérdida de la cosa debida, que es de suponer *a priori* que o introducen excepciones a la regla general, o resultan necesarias, dada

(1) La norma no aborda, por ejemplo, de qué forma incide la extinción de la obligación sobre la obligación correlativa en el caso de tratarse de una obligación recíproca.

la peculiaridad del supuesto a que se refieren, por ser dudosa su inclusión dentro de la misma, o, sencillamente, prevén consecuencias distintas.

Son esas otras normas las que van a ser analizadas aquí, en un intento de no circunscribir la problemática de la pérdida de la cosa debida a los escasos artículos que nuestro Código Civil engloba bajo esa rúbrica, que, indudablemente, no agotan el tema. No me voy a ocupar del art. 1182 y concordantes del Código (2), aunque las referencias al mismo serán constantes, y no sólo porque nuestra doctrina les haya dedicado una importante atención, sino, fundamentalmente, porque sólo rompiendo la frontera que representa el Capítulo IV del Título I del Libro dedicado a las Obligaciones y Contratos, es posible comprobar la diversidad de consecuencias que de la pérdida de la cosa debida se derivan e intentar llegar a unas conclusiones generales sobre las mismas.

Hay que advertir que aunque únicamente interesa la pérdida fortuita, no todas las normas especifican a qué tipo de pérdida se refieren, aspecto que sólo puede averiguarse mediante su interpretación. Por otra parte, aunque en la mayoría de los casos se utiliza el término «pérdida» no siempre es así; por ejemplo, el art. 1452 habla de «*daño o provecho de la cosa vendida*». Finalmente, sólo en el art. 1122 se parte de una nítida distinción entre pérdida total y pérdida parcial o deterioro. Los restantes casos —salvo el 1452— parecen todos pensados para la pérdida total. Mucho más dudoso resulta pronunciarse acerca de si el legislador tenía en mente, además de la pérdida material o física, la pérdida jurídica (3).

II. OBLIGACIONES CONDICIONALES: ARTICULOS 1122 Y 1123

El art. 1122, sobre obligaciones sometidas a condición suspensiva, regula los efectos de la pérdida o deterioro (y también de la mejora) de la cosa debida durante la pendencia de la condición. La regla 1.^a del art. 1122 («*Si la cosa se perdió sin culpa del deudor quedará extinguida la obligación*») es, sin duda alguna, paralela a la del 1182. Una y otra están pensadas para obligaciones unilaterales y establecen el mismo efecto: la extinción de la obligación devenida imposible sin culpa del deudor. El hecho de ser una reiteración de la regla general en materia de imposibilidad sobrevenida no debe de inducirnos a buscarle otro significado. Mediante este artículo se ofrece una regulación exhaustiva

(2) Ni, por la misma razón, del art. 1147 que reproduce la norma para las obligaciones solidarias.

(3) Téngase en cuenta que si bien la figura de la pérdida jurídica no es extraña para nuestro Código, el art. 1184, que es el que la recoge, versa sobre obligaciones de hacer, no de dar.

y unitaria de los efectos de la pérdida o deterioro, tanto fortuitos como imputables al deudor, sin que sea por ello de extrañar que el legislador anticipe, al tratar de las obligaciones condicionales, la solución que luego consagra en el art. 1182 con carácter general.

La disposición, por lo tanto, no resuelve, como muy bien dice DIEZ -PICAZO (4), el destino de la contraprestación. Otros autores (5) entienden, por el contrario, que lo que se quiere decir es que con la pérdida de la cosa debida se extingue no sólo la obligación condicional, sino también la correspondiente a la contraparte. Pero no hay argumento alguno en que basar tal interpretación; es más, si unánimemente se opina que el art. 1182 cuando dice «*quedará extinguida la obligación*» no prejuzga la suerte de la contraprestación, ¿qué razón hay para entender que sí lo hace la regla 1.^a del 1122, que utiliza exactamente la misma expresión?

Una vez aclarado que el art. 1122, 1.^a se limita a proclamar la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida cuando no hay culpa del deudor, ¿cómo resolver la cuestión de si subsiste o no la correlativa?. Es opinión prácticamente unánime (6) en la doctrina actual (7) que el riesgo de la pérdida en la fase de pendencia de la condición lo sufre el deudor, quien no puede exigir la contraprestación pactada pese a cumplirse la condición. Los argumentos esgrimidos, brevemente expuestos, son los siguientes: 1.º La idea según la cual la obligación devenida imposible no ha llegado a nacer por falta de objeto y la correlativa por falta de causa. 2.º El tenor literal del precepto («*quedará extinguida la obligación*»), lo que parece indicar que concluye toda la relación obligatoria. 3.º La regla 3.^a del mismo artículo, que atribuye el riesgo al acreedor, y debe entenderse que expresa una solución distinta a la de la regla primera, pues si no sería una inútil repetición.

(4) «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. 2, 4.^a edición, Madrid 1993, p. 365.

(5) SANTOS BRIZ: Comentario del Código Civil. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, Tomo II, p. 159 y MONTES PENADES: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, vol. 1, Madrid 1989, p. 1143.

(6) Hay que exceptuar a DÍEZ-PICAZO quien opina que «La aplicación de los principios generales de las obligaciones sinalagmáticas y la aplicación por analogía de la regla 4.^a debe llevar al reconocimiento de un derecho del acreedor de elegir entre la resolución y el cumplimiento mediante equivalente pecuniario o indemnización, en los casos de imposibilidad sobrevenida culposa y el derecho a la resolución, sin derecho de resarcimiento, cuando la imposibilidad es fortuita» («Fundamentos...», Tomo I, vol. 2.º, p. 366).

(7) ALVAREZ VIGARAY: «La retroactividad de la condición», ADC 1964, p. 857; MONTES PENADES: «Comentarios...», tomo XV, vol. 1.º, Madrid 1989, p. 1143; ALONSO PÉREZ: «El riesgo en el contrato de compraventa», Madrid 1972, p. 326; ALCÁNTARA SAMPELAYO: «La prestación del riesgo en la compraventa», RDP 1946, p. 506, nota 74; COSSIO: «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», RDP 1944, p. 375; SOTO NIETO: «El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación», Barcelona 1965, p. 180.

Mi opinión, por el contrario, es que la imposibilidad sobrevenida durante la pendencia de la condición suspensiva es a cargo del acreedor. Esta es la solución acorde con el principio de retroactividad expresamente consagrado por el art. 1120, que el Código no da muestra alguna de derogar en este punto, a diferencia del Código de Napoleón. El legislador francés, acogiendo las ideas de POTHIER (8) optó, en el art. 1182, por atribuir el riesgo al deudor. Pero esta solución, posteriormente adoptada por el Código italiano de 1865 (art. 1163), fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina (9), que quizás influyeron en la redacción del Proyecto del 51 y puedan explicar el silencio de su art. 1040 respecto de la pérdida total fortuita.

La verdad es que en esta ocasión la redacción del precedente del artículo que comentamos en el Proyecto del 51 no aclara demasiado las cosas. Sólo se observa una diferencia importante: no contiene su art. 1040 alusión expresa a los efectos de la pérdida total fortuita de la cosa debida *pendente conditione*. Tal omisión revela, puesto que se tomó como modelo el art. 1182 del Código francés, una clara voluntad de separarse de la solución recogida en éste. Téngase en cuenta que el silencio implica dejar el problema al juego de los principios generales y que conforme a éstos es el acreedor el que soporta el riesgo, puesto que el artículo se refiere sólo a obligaciones condicionales de dar. Extraña, no obstante, que si ésta era efectivamente la intención del legislador, no haga GARCIA GOYENA mención alguna a ella en su comentario, y que sin embargo, a propósito de la pérdida de la cosa sin culpa del deudor, reproduzca el texto de la ley 8, título 6, libro 18 del Digesto y el de la ley 26, título 5, Partida 5 (10), al tiempo que afirma que «la ficción (se refiere a la retroactividad) no puede tener lugar cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa».

En cuanto a los argumentos empleados por los autores para interpretar el art. 1122 en el sentido de que atribuye el riesgo al deudor, me parecen poco sólidos. En la actualidad no puede ofrecer duda lo desa-

(8) Según él «periciendo la cosa antes de que la condición se verifique, en vano después se cumplirá, ya que el cumplimiento de la condición no puede confirmar las obligaciones que no pueden existir, siendo para ello necesario el que haya una cosa u hecho que constituya su objeto» («Tratado de las Obligaciones» traducido al español, Barcelona 1839, p. 128).

(9) GIORGI: «Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno», traducción de la 7.^a edición italiana, vol. IV, Madrid 1911, p. 366; LAURENT: «Principes de Droit Civil Français», T. XVII, 2.^a édition, Bruxelles 1876, p. 114. Algunos, como DEMOLOMBE («Cours de Code Napoleon», Tome XXV, Paris 1877, p. 407 y ss) no critican la solución, sino el argumento empleado para adoptarla, arguyendo otros en favor de la misma, como la equidad y la voluntad presunta de las partes.

(10) «Condición seyendo puesta en la vendida, si la cosa se empeorase ó mejorase antes que la condición sea cumplida; el daño de aquél empeoramiento ó la pro, pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiere o destruyese toda, por cual manera quier, el daño sería del vendedor maguer se cumpliese la condición después».

certado del comentario de POTHIER de que si la pérdida ocurría en la fase de pendencia de la condición, la obligación no podía nacer por falta de objeto, desacierto ya advertido por los autores de la época (11). Y es que una cosa es que la eficacia de la obligación esté subordinada al cumplimiento de la condición y otra bien distinta que sea perfecta desde su nacimiento si concurrieron en el momento del acuerdo de voluntades los requisitos necesarios, entre ellos la existencia del objeto.

No es tampoco difícil destruir el segundo de los argumentos de la opinión mayoritaria. La expresión legal «*quedará extinguida la obligación*» no tiene por qué aludir a la relación obligatoria en su conjunto. Ya DEMOLOMBE opinaba, a propósito de la misma en el párrafo 2.º del art. 1182 del Código francés, que literalmente lo único que significa es que el comprador queda liberado de su obligación de entregar la cosa, pero nada más. La exoneración del vendedor del deber de pagar el precio resulta del pfo. 1.º del mismo artículo, según el cual «*la chose demeure aux risques du débiteur*», pero no de la fórmula «*l'obligation est éteinte*» que, por sí sola, jamás implicaría esa consecuencia (12). Otro tanto cabe decir respecto de la análoga redacción del art. 1122 del Código español y 1163 del antiguo italiano (13), también alegada en favor de que el nuestro imputa el riesgo al deudor (14).

Sin duda, el argumento más poderoso de los argüidos por la doctrina mayoritaria es el sistemático. En efecto, la regla 3.ª del art. 1122, que preceptúa que «*Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor*» sugiere que la consecuencia es otra en los casos de pérdida total y no de simple deterioro, y que se mantiene el distinto régimen para uno y otro, como en los restantes códigos de la época y en nuestro Derecho histórico. Ahora bien, otra puede ser la razón de la sistemática seguida en este precepto. El hecho de tratar separadamente el supuesto de *interitus* (pérdida total) y el del menoscabo no quiere decir necesariamente que el régimen de riesgos difiera. Lo que ocurre es que la consecuencia jurídica prevista para uno y otro se sitúa en planos distintos: la de la regla 1.ª en el de la responsabilidad, exonerando al deudor no culpable, la de la regla 3.ª en el de atribución del riesgo, lo que presupone la exención de responsabilidad pero implica un paso más. Por otro lado, el art. 1122 de nuestro Código sigue fielmente la estructura de su concordante en el Código italiano de 1865, en el cual se diferencian en párrafos separados cuatro hipótesis distintas (pérdida sin culpa del deudor, pérdida culpable, deterioro sin culpa y deterioro culpable) a las que el texto español añade

(11) GIORGI: «Teoría...», vol. IV, pag. 367, nota 1.

(12) «Cours...», Tome XXV, p. 408.

(13) «*Si la cosa ha perecido enteramente sin culpa del deudor se considera la obligación como no contraída*» (Traducción de Vicente Romero y Girón, Madrid 1876).

(14) DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 375.

(reglas 5.^a y 6.^a) las normas sobre mejoras. La mención independiente de cada uno de los supuestos tiene pleno sentido si la consecuencia jurídica varía, y aunque deja de tenerlo una vez que se unifica el régimen para algunos de ellos, se explica su mantenimiento por el legislador español por el hecho, ya mencionado, de desenvolverse sus respectivas consecuencias en esferas diversas.

Opino, en suma, que el riesgo, no sólo del deterioro, sino también de la pérdida fortuita acaecida en la fase de pendencia de la condición suspensiva es, en el régimen de nuestro Código, a cargo del acreedor. Ante el silencio legislativo se impone resolver el problema conforme a los criterios generales. Tanto si se aplican las normas sobre riesgos (referidas a obligaciones puras), como si se tienen en cuenta los principios que rigen las obligaciones condicionales, es el acreedor el que padece el riesgo. Si entendemos que el art. 1122 está exclusivamente referido a obligaciones de dar (transmisivas de propiedad), la regla que resulta aplicable es la del pfo. 1.º del art. 1452. Y al mismo resultado se llega si se atiende a los principios rectores de las obligaciones condicionales, porque es la solución acorde con el principio de retroactividad de la condición, claramente formulado por el art. 1120. Cualquier excepción al mismo tendría que estar expresamente establecida y, además, el propio Código demuestra respetarlo respecto del deterioro (regla 3.^a del art. 1122 y pfo. 2.º del art. 1123) y de las mejoras (regla 5.^a art. 1122).

Un último argumento, que resulta decisivo, se puede añadir en favor de la interpretación defendida: el pfo. 2.º del art. 1123, que sólo desde ella puede ser satisfactoriamente explicado. Dispone éste, respecto de las obligaciones sometidas a condición resolutoria que *«En caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente»*. Su significado es claro: el deudor de la cosa (es decir, el comprador adquirente) no tiene que restituirla, pese a verificarse la condición, si se ha perdido fortuitamente en sus manos. Nada se dice acerca de si el vendedor enajenante, quien no va a recuperar lo que había entregado, tiene o no que restituir el precio recibido. La respuesta, nuevamente, hay que buscarla en los principios generales, conforme a los cuales no es dudosa la respuesta afirmativa. Es la solución coherente con el principio de la eficacia retroactiva de la condición cumplida: se supone que el vendedor nunca dejó de ser propietario y la cosa se pierde para él. No es una excepción a la regla *«periculum est emptoris»* dado que desde el punto de vista jurídico en rigor aquí no hay compraventa.

Por contra, si se parte de la idea de que el art. 1122 impone el riesgo al deudor, se llega a un resultado descabellado: pese a resolverse la venta, es el «comprador» el que pierde el precio. Tan inadmisibles resulta

que muchos de nuestros autores (15) niegan que este pueda ser el significado del precepto, sugiriendo algunos otras interpretaciones.

Es indudable que hay razones para propugnar la solución contraria e imponer el riesgo al deudor. La acogida por el legislador español parece demasiado severa para el comprador y así se estimó en el Derecho francés e italiano, que derogaron en este punto el principio de la retroactividad de la condición en base, entre otros motivos, a la equidad (16). Más que una rigurosa interpretación de la norma, es también la equidad la que impulsa a la actual doctrina española a imputar el riesgo al deudor. Este parecer mayoritario sin duda merece ser tenido en cuenta de *lege ferenda*, mas creo cuanto menos razonable, en base a lo expuesto, la tesis contraria, acogida por algún autor aislado (17).

III. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: ARTICULO 1136, 1.^a

La pérdida fortuita de la cosa debida, o, mejor, de alguna de las cosas alternativamente debidas es el supuesto de hecho de la regla primera del art. 1136. Se refiere éste a la obligación alternativa en que el derecho de elección ha sido atribuido al acreedor, y se ocupa de regular las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida (tanto fortuita como imputable al deudor) en el período previo a la concentración de la obligación alternativa y, en concreto, de qué forma incide la pérdida de todas o de algunas de las prestaciones sobre el derecho de elección del acreedor. Este no resultará afectado si la pérdida es culpable (recaerá entonces sobre el «precio»), pero quedará limitado en otro caso.

El sentido de la regla 1.^a del art. 1136 es claro: si en una obligación alternativa deviene fortuitamente imposible una de las prestaciones (18), el derecho de elección del acreedor se reduce a las restantes. Es lo mismo que resulta del art. 1134 (en cuyo texto, sin duda, queda incluida la pérdida fortuita) para el caso de ser el deudor el titular del derecho de elección. Así pues, el efecto de la imposibilidad fortuita sobre el derecho de elección es el mismo con independencia de que corresponda al acreedor o al deudor: las posibilidades de elección quedan limitadas o excluidas.

(15) ALONSO: «El riesgo...», p. 329; MONTES PENADES: «Comentarios...», p. 1154 y ss. COSSIO: «Los riesgos...», p. 376.

(16) PLANIOL Y RIPERT: «Tratado práctico de Derecho Civil Francés», traducción española de Diaz Cruz, tomo 7.º, La Habana 1945, p. 358.

(17) DE BUEN: Notas al «Curso Elemental de Derecho Civil» de Colin et Capitant, 2.^a edición española, Tomo III, Madrid 1943, p. 339; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, Kipp, Wolf, Tomo II, 2.º, 3.^a edición, Barcelona 1966, p. 62.

(18) O varias, lo importante es que al menos una continúe siendo posible.

En la sección dedicada a las obligaciones alternativas no hay ninguna previsión expresa respecto de la hipótesis de pérdida fortuita de todas las prestaciones antes de la concentración. La razón de ello es que rigen plenamente las normas generales, según resulta a contrario del art. 1135. Declara éste responsable al deudor del resarcimiento del daño si la pérdida de la cosa le es imputable. Ninguna especialidad ofrece en este aspecto la obligación alternativa, siendo la razón de la norma establecer, para este peculiar supuesto, el criterio que debe de seguirse para fijar la indemnización: se tomará como base «*el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible*». Como dice ALBALADEJO, en atención a la culpa del deudor-electo adopta la ley esta posición y no la de mantener el derecho a elegir prestaciones imposibles o sus precios (19).

Parece obvio, aunque el legislador, con muy buen criterio, —dado que sería una reiteración innecesaria— no aluda a ello, que si la desaparición de todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación se produce sin culpa del deudor, se extingue la obligación (art. 1182). Habrá entonces que resolver, si la obligación es recíproca, el problema del riesgo de la prestación, al que le son aplicables las normas generales. (20)

Es la peculiar naturaleza de la obligación alternativa la que exige que se regulen expresamente los efectos de la pérdida de la cosa debida. Después de la elección esos efectos serán los generales, pero antes de la misma había que regularlos pues aquí propiamente no se produce la pérdida de la cosa debida, sino la pérdida de una de las prestaciones sobre la que podía recaer la elección del facultado para llevarla a cabo. Las soluciones varían según que la imposibilidad le sea imputable al deudor o no, pero lo que no prevé el Código es qué régimen debe adoptarse en el caso de que el acreedor culpablemente ocasione la pérdida, aunque los autores han sido prolíficos al sugerir soluciones. Dos caminos posibles se nos presentan para resolver esta problemática: o aplicar sin más las normas del Código entendiendo que desde la perspectiva del deudor la culpa del acreedor entra dentro de la figura del caso fortuito, o bien aplicar al acreedor las mismas reglas que al deudor culpable. La primera vía, propuesta por PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (21), presenta el inconveniente de conducir a resultados injustos. Por esa y otras razones estimo preferible la segunda. La imprevisión de la ley so-

(19) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. ALBALADEJO», Tomo XV, vol. 2.º, Madrid 1983, p. 187.

(20) ALBALADEJO: «Comentarios ...», Tomo XV, vol. 2.º, p. 185. En contra, para el caso de la compraventa, SOTO NIETO, argumentando que «aún perfeccionado el contrato, éste no podía alcanzar todavía su eficacia; no habrá surgido el deber de entrega sobre el cual se monta la regla *res perit emptori*» («Los riesgos...», p. 188).

(21) Notas al Tratado de Ennecerus, Kipp, Wolf, Tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona 1954, p. 114.

bre este punto no es reveladora de una voluntad legislativa de atribuir al deudor un trato más duro que al acreedor, sino que se explica por razones históricas. En la época en que se redactó el Código no se prestaba atención al acreedor más que como titular de un derecho de crédito, prescindiendo totalmente de la vertiente relativa a sus deberes de colaboración, cargas, etc, que sólo los textos más modernos incorporan expresamente. Pero no cabe duda de que también en nuestro Derecho, al acreedor, como parte que es de la relación obligatoria, se le exige un comportamiento adecuado a la buena fe (art. 1258 CC). Y no veo por qué el mismo comportamiento contrario a la buena fe en la fase previa a la concentración ha de producir consecuencias más o menos severas según que provenga de uno u otro de los sujetos de la relación obligatoria. En cualquier caso, la posición del deudor es ya por sí menos favorable, pues pesa sobre él la presunción del art. 1183 en virtud de la cual se entiende que es culpable de la pérdida; mas, si puede probar que fue por culpa del acreedor, ¿no es lógico que la situación de privilegio de éste resulte minorada en base al principio según el cual nadie puede aprovecharse de sus propios actos culpables?

Así pues, basta para decidir los efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por culpa del acreedor, con aplicar a éste los mismos que los arts. 1134 a 1136 establecen para el deudor, distinguiendo por lo tanto según que la imposibilidad sea de algunas o de todas las prestaciones alternativamente previstas y que la elección correspondiese al acreedor o al deudor. Veamos los resultados concretos que con ello se obtienen:

Primer caso: Imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del acreedor y elección del acreedor: habrá que entender por aplicación del art. 1134, que se reduce o pierde su derecho de elección (22) sin perjuicio del derecho que frente a él corresponda al deudor por la pérdida de la cosa que culpablemente le causó (23).

Dispone el 1134 que «*El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable*». Es pacífica la opinión (24) de que, al no

(22) La misma solución extrae ALBALADEJO del criterio que, a su juicio, revela el pfo. 2.º del 1135 y que es el siguiente: «cuando la elección corresponde a una parte y ésta es culpable de que ciertas prestaciones se hagan imposibles, su derecho de elegir se reduce a las que aún son posibles, y si sólo queda una prestación posible, la obligación se concentra en ella» («Comentarios...», Tomo XV, vol. 2.º, p. 187).

(23) ENNECERUS y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «Tratado...», T.II, vol. 1.º, p. 113 y 114; MUCIUS SCAEVOLA: «Código Civil», T. XIX, 2.ª edición, Madrid 1957, p. 834.

(24) ALBALADEJO: «Derecho Civil», II, 1.º, 9.ª edición, Barcelona 1994, p. 42; DE LA CUESTA: «Las obligaciones alternativas», RDP 1984, p. 21; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema...», vol. II, p. 159; HERNÁNDEZ GIL: «Derecho de Obligaciones», Madrid 1988, p. 97; SANCHO REBULLIDA en LACRUZ Y OTROS: «Elementos de Derecho Civil», Tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona 1985, p. 109; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, T. II, vol. 1, p. 114; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho Civil» I, vol. 2, Barcelona 1976, p. 218; RAMS ALBESA: «Las obligaciones alternativas», Madrid 1982, p. 312.

distinguir, se comprenden en él las hipótesis de imposibilidad culpable y no culpable, y ello es muy claro en el texto del precedente en el Proyecto del 51 (25). La única duda que pudiera suscitarse es si queda exceptuada la imposibilidad imputable al acreedor (o en general al no elector) como en el Código Alemán (parágrafo 265), lo que, en cualquier caso, no evitaría el resultado señalado.

Hay que reconocer que la aplicación estricta al acreedor de la regla del 1134 coloca al deudor en una situación bastante desfavorable: puesto que el acreedor conserva el derecho de elección, puede optar por una de las prestaciones subsistentes, de tal manera que el deudor tenga que satisfacerla pese a haber padecido una agresión por parte del propio titular del derecho de crédito (26). No obstante, la regulación del Código español no da pie para sostener otra cosa, a no ser que se acuda, como hace RAMS ALBESA, al principio del *favor debitoris*, base dudosamente suficiente para sostener la extinción de la obligación alternativa y la plena liberación del deudor (27).

Segundo caso: Imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del acreedor y elección del deudor: Como señala RAMS (28), este es el supuesto en el que más se ha centrado el análisis de la doctrina y está expresamente previsto por el art. 1289 del vigente Código italiano, el cual, recogiendo las ideas de LAROMBIERE, dispone que el deudor queda liberado de la obligación cuando no prefiera cumplir la otra prestación y el resarcimiento del daño. Entre nuestros autores son de la misma opinión ALBALADEJO, SANCHO REBULLIDA, RAMS y DE LA CUESTA, aunque discrepan PEREZ GONZALEZ Y ALGUER.

Sólo puede defenderse que en este supuesto el deudor conserva su derecho de elección si se excluye de la regla del 1134 la imposibilidad culpablemente causada por el acreedor, para lo cual no parece que haya especiales obstáculos, si tenemos en cuenta las anteriores observaciones respecto de los motivos por los que el Código no toma en consideración —ni en ésta ni en otras ocasiones— la actitud culpable del titular del crédito.

Hay un inconveniente, que a mi juicio es más grave, para aceptar la solución mayoritariamente propuesta, y es que mientras que el Código

(25) Art. 1054: «En el caso de perderse *por cualquier causa una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiere quedado, sin que ni el cumpla con ofrecer, ni el acreedor pueda exigirle el precio de la otra...*»

(26) No sería así necesariamente si se dispusiese que en base a la culpa del acreedor, pierde éste su derecho de elección, que pasaría al deudor, el cual haría posible la extinción de su deuda por compensación, optando precisamente por la prestación imposibilitada.

(27) «Las obligaciones...», p. 384. La misma solución defiende SANCHO REBULLIDA en LACRUZ Y OTROS: «Elementos...», II, 1.º, p. 110.

(28) «Las obligaciones...», p. 353.

italiano proclama de modo expreso para este caso la liberación del deudor, tal declaración no se encuentra ni se puede en principio deducir de los artículos del nuestro. No es convincente la explicación de ENNECERUS (29) de que, escogida la prestación imposible, se extingue la obligación por imposibilidad, puesto que ésta es previa a la concentración. A mi modo de ver las cosas suceden de otro modo: devenida imposible alguna de las prestaciones pactadas por causa imputable al acreedor y correspondiendo la elección al deudor, podrá éste elegir cualquiera de las que subsistan o el precio de la que haya desaparecido por culpa del acreedor (art. 1136, 2.º) (30). Si la elección recae precisamente sobre ésta, dado que el acreedor es responsable frente al deudor por la pérdida que culpablemente le causó de la cosa y ambas deudas son pecuniarias, se extinguirán por compensación.

La solución viene a coincidir en lo sustancial con la del Derecho italiano, con la diferencia de que en éste la no reclamación por parte del acreedor de alguno de los contenidos todavía posibles es causa - automáticamente - de extinción de la obligación, mientras que en nuestro sistema, ese efecto final (la extinción por compensación) requiere la previa liquidación de la deuda indemnizatoria (art. 1196, 4.º).

Es importante la aclaración de que la causa de extinción de la obligación del deudor que ha optado por la prestación imposible (o mejor por su valor) es la compensación y no la imposibilidad sobrevenida, porque si así fuera y estando la prestación inmersa en una obligación recíproca, habría que acudir a las normas que regulan el *periculum obligationis* para decidir si subsiste o no la contraprestación, cosa absolutamente insostenible, como demuestra el hecho de que los autores, tras afirmar que se produce la liberación del deudor, se detengan en advertir que conserva su derecho a la contraprestación (31).

Tercer caso: Imposibilidad total por culpa del acreedor y elección del acreedor.— Quizás no sea el más difícil de resolver pero sí el más difícil de explicar. Entiendo que la obligación del deudor se extingue, si bien puede exigir de su acreedor la indemnización correspondiente a todas las prestaciones imposibilitadas por su causa, menos la última (argumento ex art. 1135, 2.º). Para nadie ofrece duda que se produce la extinción de la obligación, más conviene advertir que la causa de la misma sí es ahora la imposibilidad sobrevenida. Se extingue la obligación por imposibilidad subsiguiente no imputable al deudor pero nace una obligación de resarcimiento del daño, con la única peculiaridad de que es a cargo del titular del derecho de crédito y no del obligado.

(29) «Tratado...», T. II, 1, p. 113, nota 6.

(30) Contra, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, Tomo II, 1.º, p. 114.

(31) DE LA CUESTA: «Las obligaciones...», p. 21; RAMS: «Las obligaciones...», p. 358.

Cuarto caso: Imposibilidad total por culpa del acreedor y elección del deudor.— También el deudor queda liberado. El deudor exigirá del acreedor la indemnización correspondiente a todas las prestaciones que se hayan imposibilitado por su culpa, salvo una, sobre la cual hay que entender que recae su elección (art. 1136, 3.º), y que se extingue por compensación.

IV. OBLIGACIONES RESTITUTORIAS NACIDAS DE LA DECLARACION DE NULIDAD: ARTICULOS 1307 Y 1314

Nos enfrentamos ahora a dos artículos de oscuro significado y, lo que es peor aún, con pocos datos para aclararlo. A primera vista el art. 1307 recoge una excepción a la regla del 1182: la pérdida fortuita de la cosa que debe de ser restituida por efecto de la declaración de nulidad no libera al obligado, quien «*deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha*». El precepto habla de «*pérdida*» sin más y no de pérdida «*fortuita*», pero no cabe duda de que ésta queda incluida en su supuesto de hecho porque, como dice DELGADO ECHEVERRÍA, el precepto debe de ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efecto, y si se cree referido a la pérdida imputable, sería una norma ociosa, que estaría reiterando la regla general (32). Lo más razonable y respetuoso con la letra de la ley es entender, dado que ésta no hace distinciones, que queda comprendida cualquier tipo de pérdida, tanto culpable como fortuita (33).

Sostuvo MANRESA (34), y su opinión es seguida por DELGADO (35), que el artículo sólo es aplicable al demandado de nulidad porque para el demandante el art. 1314 hace derivar efectos distintos de la pérdida de la cosa. Pero ello no es del todo cierto. El art. 1314 establece un efecto diferente (la **extinción** de la acción) para el supuesto de que la cosa se hubiese perdido por dolo o culpa del legitimado para el ejercicio de la acción. Los restantes casos de pérdida (fortuita de la cosa en manos de actor o demandado y culpable de la cosa en poder de éste último) no producen dicho efecto extintivo. La acción, en tales casos, subsiste, lo que quiere decir que los contratantes están obligados a la restitución recíproca de las cosas que se entregaron en virtud del contrato en los términos del art. 1303, «*salvo lo que se dispone en los ar-*

(32) «Comentarios al CC y Compilaciones Forales dirigidos por M. ALBALADEJO», tomo XVII, vol. 2.º, Madrid 1981, p. 315.

(33) SANTOS BRIZ: «Código Civil» dirigido por Albacar López, Tomo IV, Madrid 1991, p. 830.

(34) «Comentarios al CC Español», Tomo VIII, vol. 2.º, 6.ª edición, Madrid 1967, p. 884.

(35) «Comentarios...». T. XVII, vol. 2.º, p. 314.

títulos siguientes», entre ellos el 1307, para el caso de no ser posible la restitución en especie.

El régimen que respecto de la pérdida fortuita de la cosa objeto de la obligación de restitución se deduce de la opinión de los autores citados es el siguiente:

— Si afecta a lo debido por el demandado, éste responde del fortuito. Se trata de «proteger los intereses del demandante bajo el presupuesto de que es inocente y de que frente a él se alza un contratante deshonesto que trató de aprovecharse de su incapacidad o sorprender su buena fe» (36). Ahora bien, al contratante de buena fe no se le puede imponer tal responsabilidad. Sin embargo, el 1307 no distingue, siendo necesario acudir a la regulación del cobro de lo indebido para matizar su alcance y sostener que el único demandado que presta el fortuito es el de mala fe y que lo que ocurre es que el legislador supone que lo es.

— Si lo que se pierden son las cosas debidas por el demandante, habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1314, de manera que podrá éste recuperar lo entregado por virtud del contrato, pese a no poder devolver aquello a lo que resultaba obligado. Según MANRESA, el rigor excesivo que esto implica para el demandado, aparte de ser consecuencia de la prestación del fortuito, se justifica porque la nulidad determina la desaparición de las cosas para el acreedor de la restitución (37). Menos rígida para con él resulta la solución de DELGADO, quien cree que el demandado no queda totalmente liberado, sino obligado en la medida en que se enriqueció (38).

Todo el planteamiento anterior resulta tremendamente coherente, pero, aparte de no explicar determinados aspectos y de prescindir excesivamente de la literalidad de los términos, tiene el inconveniente de que significa poner en manos del legitimado para impugnar, un mecanismo —que no es otro que el ejercicio de la acción— mediante el cual trasladar al otro contratante la disminución patrimonial que representa la destrucción del objeto del contrato, mecanismo que podrá utilizar a su arbitrio dentro del plazo de caducidad, incluso si el cocontratante es de buena fe (39).

Entiendo que ello excede de la protección que se persigue procurar por medio de la figura de la anulabilidad. Durante el plazo de caducidad la víctima del vicio o el menor o incapacitado tienen la oportunidad de dejar sin efecto el contrato. Son ellos los que habrán de decidir si les conviene mantener el negocio y lo harán en función de que les resulte beneficioso o perjudicial. Se les otorga esta facultad porque en el

(36) «Comentarios...», T. XVII, vol. 2.º, p. 316.

(37) «Comentarios...», T. VIII, vol. 2.º, p. 908.

(38) «Comentarios...», T. XVII, vol. 2.º, p. 345.

(39) Sólo estará entonces obligado, de acuerdo con las normas del cobro de lo indebido, en la medida en que se hubiese enriquecido.

momento del nacimiento del contrato no estaban en situación idónea para emitir libremente su voluntad o valorar la conveniencia de su celebración, cosa que sí pueden hacer una vez que cesa la causa de anulabilidad. Cuentan ya con la ventaja de poder valorar a posteriori el negocio. Es excesivo proporcionarles el medio de evitar el perjuicio patrimonial de la pérdida del objeto del contrato porque dicha pérdida **nada tiene que ver con la causa de nulidad** ni con las circunstancias en que el negocio se llevó a cabo. El privilegio que supone el disponer del plazo de cuatro años para decidir si se destruye o no el contrato es, por así decirlo, una exigencia del propio sistema, pero esto otro no lo justifica el comportamiento del demandado. Tengamos en cuenta, además, que nunca podrá saberse si se impugna el negocio porque realmente se estimó que debía dejarse sin efecto o porque lo recibido por virtud del mismo ha desaparecido, pero de lo que no cabe duda es de que si la acción permite al contratante recuperar lo que entregó y no satisfacer el equivalente de lo que perdió, ésta será ejercitada.

Mas tampoco parece remedio acertado el de impedir el ejercicio de la acción, pues puede ocurrir que al contratante en cuyo poder se perdió la cosa le interese destruir el contrato y recuperar lo que entregó, aún a costa de satisfacer el valor de lo perdido. Este sistema, que es el que mejor atiende a los distintos intereses en juego, es el que a mi modo de ver adopta el Código en los art. 1307 y 1314. Lo explicaré con más detenimiento.

En el régimen del Código no es presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad que el que la interpone esté en situación de devolver el objeto del contrato. Esto, claramente exigido por el art. 1295 para la rescisión, no se menciona en el capítulo dedicado a la nulidad, ni puede deducirse de ninguna de las disposiciones que lo integran: ni del 1303, que coincide en su primera parte con el 1295, si bien con un inciso final totalmente distinto, (40) ni tampoco del 1308, que lo único que hace es reconocer la *exceptio non adimpleti contractus* en favor de ambos deudores recíprocos y que, como ha declarado la Sentencia de 30 de enero de 1960 (RA 451), solo puede tener lugar en el momento de ejecutar el fallo.

No obstante la regla general, en los casos en que, conforme al 1314, la pérdida es causa de extinción de la acción, carece de sentido el tomar la iniciativa de pretender la declaración de nulidad. Esto explica el texto y ubicación del art. 1188 del Proyecto del 51 (precedente del 1314), dentro de la sección titulada «cuando y por quiénes puede pedirse la declaración de nulidad». Y explica también el lugar que el 1314 ocupa en el Código: puesto que el legitimado puede ejercitar la acción independientemente de estar en posición de restituir idéntica-

(40) Mientras que el 1295 dice «en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado», el 1303 dice «salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

mente el objeto del contrato, lo traslada desde el lugar que antes ocupaba al final del capítulo y lo lleva al lado de las restantes normas sobre extinción de la acción. No es un precepto dirigido a establecer los presupuestos para impugnar, sino una norma cuya finalidad es proclamar para ciertos supuestos la extinción del efecto de la declaración de nulidad, es decir de los recíprocos deberes de restitución (41).

A *sensu contrario*, la subsistencia de la acción implica el mantenimiento de dichos deberes restitutorios (42). Para la determinación de lo que debe de ser restituido hay que estar a la regla general del art. 1303 y a las especiales del 1304 y 1307. De ahí que GARCÍA GOYENA, en su comentario al art. 1194 del Proyecto (prácticamente idéntico al actual 1307), afirme: «*Cuando a pesar de la pérdida de la cosa a lugar a la declaración de nulidad como en los casos del art. 1188 (precedente del 1314), el precio se subroga necesariamente en lugar de la cosa, y no puede ser otro que el que tenía al tiempo de la pérdida, porque la cosa habría sido entregada en el estado que entonces tenía*».

El art. 1307 existe para resolver una peculiar problemática: la de precisar en qué consiste la deuda de restitución de cualquiera de las partes de un contrato anulable cuando se ha perdido fortuitamente la cosa materia del contrato. Lo que en tales casos el contratante tiene que entregar es, aparte de los frutos percibidos, «*el valor que la cosa tenía cuando se perdió con los intereses desde la misma fecha*». Viene así a decidir que el patrimonio del deudor es el que soporta la pérdida de la cosa, pero no como en otras ocasiones negándole el derecho a exigir la contraprestación, sino manteniendo (aunque con un objeto distinto) su deuda restitutoria.

El Código, con muy buen criterio (a estos efectos la causa de la nulidad es irrelevante), concede el mismo trato a las dos partes contratantes ante la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la cosa objeto del contrato: la deuda de restitución en especie se convierte en restitución por equivalente. El régimen, no obstante, es distinto para demandante y demandado si la pérdida les es imputable (43). Mientras que el efecto para el primero es la extinción de la acción, para el segundo es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, de conformidad con las reglas generales.

(41) Como dice DELGADO («Comentarios...», T.XVII, vol. 2.º, p. 346) la expresión «*se extinguirá la acción de nulidad*» quiere decir que si la cosa se perdió por dolo o culpa de quien contrató invalidamente por sufrir vicio del consentimiento, o tras adquirir la capacidad quien contrató sin ella, no podrá pedir la restitución de lo por él prestado.

(42) Podría dudarse, quizás, si del art. 1314 se puede deducir la subsistencia tan sólo del derecho del actor o también del demandado. Pero el texto del 1307 y el énfasis del adverbio «*siempre*» con que comienza, resultan decisivos en el sentido apuntado.

(43) Cuestión distinta y peculiar, que no podemos abordar aquí, es la de los criterios de imputación, dado que es dudoso que se pueda hablar de un deber a cargo del contratante de conservar la cosa. En cualquier caso, a los incapacitados no les será imputable la pérdida sino después de haber adquirido la capacidad (art. 1314, pfº. 2).

El régimen del Código constituye una exigencia propia de la obligación a que se refiere. Téngase en cuenta que el nacimiento de estas obligaciones recíprocas depende, exclusivamente, de la voluntad del contratante a quien se considera posible perjudicado. Asignar consecuencias distintas al caso fortuito supondría, como se ha puesto de relieve, desvirtuar la acción de anulabilidad, que se podría convertir en el cauce para eludir los efectos de éste. La misma problemática se plantea en los casos de resolución del contrato por incumplimiento, pero no es común a todas las obligaciones restitutorias bilaterales. En las obligaciones sujetas a condición resolutoria la cuestión del riesgo se resuelve, como ya vimos, en base al principio de retroactividad. No hay inconveniente ni injusticia alguna en dejar la solución al juego de este principio porque la causa de la destrucción de la obligación es automática y no depende del ejercicio de una facultad como en los casos de anulabilidad o resolución por incumplimiento.

Ahora bien, lo anterior no significa que la norma sólo responda al deseo de impedir que el legitimado para impugnar se valga de la acción de nulidad para eludir los perjuicios patrimoniales de la pérdida fortuita de la cosa que recibió por efecto del contrato. Si así fuera tendríamos que negar su aplicación al demandado e incluso al demandante cuando la pérdida se produce después de iniciada la acción. La norma resulta también necesaria para aquellos casos en que la pérdida se produce después de nacidos los deberes de restitución. Como efecto de la declaración de nulidad nace entre los sujetos una obligación restitutoria sinalagmática (buena prueba de este carácter es el art. 1308). Si una de esas prestaciones se destruyese de manera fortuita, ¿qué efectos se derivarían de ello?. Las normas generales no se adaptan bien a este caso. Conforme al 1182 la obligación devenida imposible se extinguiría, pero ¿y la otra? Su destino sería dudoso, por una parte por la ausencia de una norma general de atribución del riesgo, por otra por la imposibilidad de acudir a la resolución del art. 1124 y, finalmente, porque tampoco procede acudir a las reglas de tipos contractuales concretos ya que de lo que se trata es, justamente, de dejar el contrato sin efecto. Lo lógico, quizás, sería entender, con apoyo en la doctrina de la causa, que también la otra obligación se extingue pero esa solución es incoherente con la posibilidad, que nuestro Código reconoce, de impugnar pese a no poderse restituir en especie lo recibido por virtud del contrato.

Sólo cuando la pérdida fortuita tiene lugar después de nacida la deuda de restitución estamos ante una excepción a lo preceptuado en el art. 1182. Fuera de este caso no es exacto que se produzca la pérdida de la cosa «debida», sino que más bien lo que ocurre es que la deuda restitutoria nace con un objeto distinto del recibido por virtud del contrato, objeto que ha dejado de existir.

V. CONTRATO DE COMPRAVENTA: ART. 1452

A diferencia de los anteriores, este artículo ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina. Prácticamente todo se discute en relación con el mismo, desde si el párrafo primero imputa el riesgo al comprador o al vendedor, o a qué modalidades de compraventa se refiere el párrafo tercero, hasta si la mora mencionada en su inciso final es *creditoris o debitoris*. La profundidad con la que nuestros más ilustres civilistas se han dedicado al tema del riesgo en la compraventa, unida al convencimiento de que nada se va a aportar aquí, justificaría que se prescindiese de su análisis, pero puesto que este trabajo pretende ofrecer una visión de conjunto de las consecuencias que nuestro Código Civil hace derivar de la pérdida fortuita de la cosa debida, es ineludible abordar —aunque sea brevemente— su comentario.

Partimos de la idea de que, en línea de principio, el art. 1452 atribuye el riesgo al comprador desde que, siendo perfecto el contrato, la cosa vendida está individualizada. Es claro que el pfo. 1.º deja imprejuzgada la cuestión al remitirse a los arts. 1182 y 1096 y que éstos tampoco resuelven propiamente el problema de si extinguida la obligación del vendedor de entregar la cosa, subsiste o no la del comprador de pagar el precio. Pero el pfo. 3.º resulta decisivo a efectos de concluir que efectivamente subsiste tal obligación, dado que para la venta de cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, «no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan contado, pesado o medido...», lo que indica que respecto de las restantes compraventas el comprador soporta el riesgo desde un momento previo: el de la perfección del contrato. Esta interpretación resulta además reforzada por los precedentes históricos, más por las Leyes de Partida (Partida 5.ª, título V, Leyes 23, 24 y 25) que por el Proyecto del 51, pues aunque su art. 1374 es de redacción prácticamente idéntica al 1452 actual, no hay que olvidar que el Proyecto acogía (art. 981) el sistema de transmisión de la propiedad *solo consensu*, con lo que la atribución del riesgo al comprador quedaba (desde la posición que enlaza ambos fenómenos, riesgo y adquisición de la propiedad) perfectamente explicada. Los defensores del *periculum est venditoris* alegan que, puesto que el Código acoge la teoría del título y del modo, debe de interpretarse que el 1452 atribuye el riesgo al vendedor. Pero es claro que en el Derecho Romano y en nuestro Derecho histórico el régimen de riesgos era independiente del de adquisición del dominio (44).

(44) Sobre el tema en el Derecho Romano, ARIAS RAMOS: «La doctrina del riesgo en la compraventa romana» en «Estudios sobre el contrato de compraventa», Barcelona 1947, p. 99 y ss.

Finalmente, son muchos los autores (45) que esgrimen como argumento en favor de esta interpretación el art. 1095, pero particularmente me parece más que dudoso que se pueda utilizar este enigmático precepto a tal fin (46).

El reconocimiento de que el pfo. 1.º consagra la regla *res perit emptori* encuentra cada vez menos obstáculos entre los autores, y la idea de que opera como una excepción a la regla general de resolución por incumplimiento del art. 1124, también. Puede, en buena medida, entenderse superado un periodo en que, sobre la base de la supuesta *inelegantia iuris* de la regla romana, se hicieron esfuerzos importantes para restringir su juego (47).

La solución al problema del riesgo en la compraventa se ha ligado en el Derecho moderno al momento de transmisión de la propiedad. En la mente de muchos juristas subyace todavía la idea de que la cosa se debe de perder para el comprador sólo desde el momento en que se ha convertido en propietario, pero no antes, hasta el punto de que la imputación del riesgo en base a criterios distintos (como hace el Código español) ha sido objeto de fuertes críticas. Pero, en realidad, imputar el riesgo a uno de los contratantes en base a que es dueño de la cosa, no es mejor criterio que imputárselo en función de otra circunstancia

(45) ALBÁCAR LÓPEZ: Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo V, Madrid 1991, p. 104; ALONSO: «El riesgo...», p. 300; BERGAMO: «El riesgo en el contrato de compraventa» en Estudios sobre el contrato de compraventa, Barcelona 1947, p. 169; BADENES GASSET: «El contrato de compraventa», Madrid 1969, Tomo I, p. 290; CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981, p. 102; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema ...», vol. II, 6.ª edición, reimpresión de 1990, p. 316; LÓPEZ Y LÓPEZ: Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid 1991, p. 896; GARCÍA CANTERO: «Comentarios al C.C. y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XIX, Madrid 1980, p. 79; MANRESA: «Comentarios al CC Español», Tomo X, vol. 1.º, 6.ª edición, Madrid 1969, p. 150; ROCA SASTRE: «El riesgo en el contrato de compraventa» en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1.º, Madrid 1948, p. 395.

(46) No sólo porque, como dice COSSIO («Los riesgos...», p. 371) el art. 1095 se refiere únicamente a los frutos y es muy dudoso que esta palabra abarque también las demás mejoras y accesiones, sino también porque quizás el 1095 (y el 1468, aplicación de aquél para el caso de la compraventa) esté pensado para los casos en que la obligación de entrega sea exigible desde el mismo momento de perfección del contrato, mientras que el 1452 es, precisamente, para la hipótesis en que la entrega debe de efectuarse en un momento posterior.

(47) COSSIO, por ejemplo, sostuvo que una vez perfeccionado el contrato e individualizada la cosa, se presume que ésta se encuentra a disposición del vendedor y que si no la retira es porque no quiere o no le conviene; sólo a él debe imputarse la dilación y, por ello, sería injusto que el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación se produjo, perdiera el precio al destruirse o dañarse fortuitamente, sin culpa alguna de su parte, la cosa. Pero ésta es una presunción *iuris tantum*, de manera que si puede demostrarse que la dilación tuvo lugar en beneficio exclusivo del vendedor, deberán imputarse a éste los riesgos. («Los riesgos...», pp. 280). PINTO RUIZ parte de la distinción entre pérdida y menoscabo y sostiene que sólo respecto a éstos rige el principio «*periculum est emptoris*». Comparte esta opinión ALBALADEJO («Derecho Civil», II, 2.º, p. 54).

como la perfección del contrato o la traditio. Buena prueba de ello es que el enlace que el art. 1138 del Código de Napoleón efectúa entre riesgo y transmisión de propiedad tiene también sus detractores (48).

La aceptación de la solución del Código español al problema del riesgo en la compraventa crece a medida que se comprende que no es imprescindible el enlace entre riesgo y dominio y que el principio *res perit domino* no es necesariamente una solución equitativa. La diversidad de opiniones subsiste, no obstante, en cuanto a su justificación (49), aspecto de indudable interés a fin de determinar el ámbito de aplicación de la regla y sus posibles excepciones.

Hoy constituye afirmación prácticamente unánime la de que los dos primeros párrafos del 1452 se deben de interpretar en el sentido de que atribuyen el riesgo al comprador desde la perfección del contrato. Aparte de las matizaciones de PINTO RUIZ y ALBALADEJO, ya recogidas, debe de mencionarse la distinta opinión que COSSIO manifiesta en un trabajo posterior al citado. Pese a reconocer que la transmisión de la propiedad y la transmisión de los riesgos de las cosas vendidas son dos problemas independientes el uno del otro (50), propone, ante la aparente incongruencia entre el régimen de los riesgos y de los frutos en el Código, interpretar las normas sobre riesgos en función de aquéllas, afirmando que el traspaso del riesgo tiene que tener lugar desde el momento en que debe de efectuarse la entrega (independientemente de que, efectivamente se realice o no entonces) porque éste es el momento (según el art. 1095 y 1468) a partir del cual el acreedor tiene derecho a los frutos. Pero la premisa de que parte este autor me parece discutible. No sé hasta qué punto es cierto que deban de coincidir el momento a partir del cual adquiere el comprador el derecho a la percepción de los frutos con el momento a partir del cual debe de soportar el riesgo, pues es posible encontrar razones justificadoras de un trato distinto (51). En favor de que nada tienen que ver,

(48) Por citar alguno, CAPITANT: «De la cause des obligations», deuxième édition, París 1924, p. 291; LAURENT: «Principes...», T. 24, 3ème. édition, Bruxelles 1878; CROMME: «Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto Francese» (traduzione di Ascoli e Cammeo), Milano 1908, p. 127.

(49) Sobre esto, ampliamente, ALONSO: «El riesgo...», p. 224 y ss.

(50) «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», ADC 1953, p. 600.

(51) La idea de «fruto» conlleva una periodicidad, aunque sea relativa, mientras que el «provecho» parece un término más amplio que alude a cualquier incremento aunque sea esporádico. El fruto, en tanto que periódico, es algo previsible y, por tanto, supuestamente tenido en cuenta por las partes al celebrar el contrato y que corresponde al acreedor desde el momento en que debió de ser entregada la cosa, porque si efectivamente lo hubiese sido, le corresponderían en su calidad de propietario de la misma. No hay razón para que el provecho (que corresponde a lo que en Las Partidas se designan como «mejoras») siga el mismo régimen, aunque sí para que cualquier menoscabo fortuito e imprevisible sea soportado por el mismo sujeto a quien beneficia una mejora de la misma índole, pero de eso ya se ocupa el mismo 1452, referido tanto al «daño» como al «provecho».

en la mentalidad del legislador, los frutos con los riesgos puede mencionarse el hecho —que el propio autor destaca— de que el pfo. 1 del 1452 no remite al 1095 (lo que hubiese sido lo lógico de tener presente esa relación), sino al 1096. Por otra parte, y no es este momento de aclararlo, el sentido del art. 1095, en base al cual se interpreta el 1452, 3.º, es bastante oscuro, porque ¿cuándo se entiende «nacida» la obligación de entrega? No es fácil decidirlo, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 1468 (aplicación de la regla para el caso concreto de la compraventa) declara que «*todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato*» y que en rigor (aunque la doctrina no lo interprete así) el momento de la perfección es el del acuerdo de voluntades.

Al margen de los problemas hasta ahora citados sobre el art. 1452, que pueden en gran parte afirmarse superados, la mayor atención doctrinal se centra últimamente sobre el párrafo tercero, en torno al cual hay una serie de complejas cuestiones, no del todo aclaradas. Especial interés revisten los trabajos de CAFFARENA LAPORTA (52) y MOREU BALLONGA (53).

Un primer problema consiste en determinar las compraventas comprendidas en el supuesto de hecho de la norma. Aunque el tenor literal del 1452 es aparentemente muy claro (se refiere a contratos sobre «*cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida*»), se plantean algunas dudas.

Parece indiscutible que la venta *ad mensuram*, entendiendo por tal aquélla en la que hay perfecta individualización del objeto, si bien el precio depende de la medida, número o peso de las cosas vendidas, queda incluida dentro del pfo. 3.º (54). Donde hay diversidad de opiniones es respecto a la compraventa genérica, entendiendo por tal, en palabras de COSSIO (55), aquélla cuyo objeto no se determina por designación directa, sino por definición lógica, señalando su género y a lo sumo alguna de sus características. Depende, pues, exclusivamente de la voluntad de las partes el concluir el contrato como venta genérica o específica, aunque, desde luego, hay objetos que por su peculiar naturaleza se prestan más a uno u otro tipo. Para este autor, el pfo. 3.º se refiere únicamente a la compraventa *ad mensuram*, lo que quiere decir que el precepto, ni en este ni en los restantes párrafos, resuelve directamente el problema de los riesgos en la compraventa genérica.

Más convincente me parece la opinión de CAFFARENA de extender la regla del párrafo 3.º a la compraventa genérica, pues si bien no

(52) «Genus nunquam perit», ya citado, en ADC 1982.

(53) «En defensa del criterio de especificación unilateral notificada», ADC 1985, p. 3 y ss.

(54) Veáanse los argumentos en CAFFARENA: «Genus...», p. 337 y ss.

(55) «La transmisión ...», ADC 1953, p. 611.

es del todo desdeñable la idea de que en el momento de redactar el 1452 fuese ajena al legislador toda preocupación de disciplinar el riesgo respecto de ella (56), no lo es menos que el párrafo 2.º, unido a los precedentes históricos, constituye un importante argumento en favor de la tesis contraria. Así, GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 1374 del Proyecto del 51, incluye la venta genérica dentro del párrafo tercero. Advierte CAFFARENA (57) que lo normal será que no se plantee en este tipo de compraventa el tema del *periculum obligationis* y que el aforismo «*genus...*» no funcione como regla de atribución de riesgo, sino tan sólo para indicar que el deudor no se ha liberado de su obligación porque ésta no ha devenido imposible. Y añade que también el art. 1452 atribuye al vendedor los riesgos en sentido técnico estricto «pues caso de que se produzca la imposibilidad liberatoria (supuestos, por ej. de imposibilidad legal) ocurrirá que no podrá exigir la contraprestación del comprador, quedando éste liberado de su obligación de pagar el precio».

Adherirse a esta opinión no significa entender, con la doctrina mayoritaria, que el pfo. 3.º regule el problema del riesgo en la compraventa genérica. Propiamente este párrafo abarca todas las ventas de cosas cuando se hicieren «*por un precio fijado con relación al peso, número o medida*», y en este sentido la expresión legal no es fácilmente sustituible. Las ventas podrán ser tanto específicas (caso, citado por COSSIO, de venta de una biblioteca, en que el precio se fija a tanto el volumen), como genéricas (venta de un número de fanegas de trigo a x pesetas fanega o por un precio total). No creo pues, en contra de lo que sostiene MOREU(58), que la razón de la diferencia de regulación entre los párrafos 2.º y 3.º sea el carácter genérico o no de la obligación del vendedor. Según él, la peculiar fijación del precio «*con relación al peso, número o medida*» hace presumir al legislador, salvo que otra cosa resulte claramente de la interpretación negocial, que la venta se consideró genérica por las partes y, a la inversa, la venta hecha aisladamente y por un sólo precio se presume venta específica, aún tratándose de cosas fungibles.

Es claro que el aspecto decisivo para el legislador no es la naturaleza fungible (59) del objeto del contrato. Evidencia de ello es el pfo. 2.º que

(56) Como indica este autor, leyendo con detenimiento el citado párrafo parece que el legislador cuando ha hablado de peso, número o medida lo ha hecho pensando en el precio y no en las cosas vendidas.

(57) «*Genus...*», p. 347.

(58) «*En defensa...*», p. 15.

(59) El término «fungible» se utiliza en su acepción romana como referido a cosas que se cuentan, pesan o miden y no en el sentido que le atribuye la doctrina más moderna de aptitud para ser sustituido por otro equivalente. Los ejemplares de la biblioteca pueden ser piezas únicas y, sin duda alguna, el riesgo es para el vendedor hasta que los volúmenes se hayan contado. Sólo entonces es posible la determinación del precio.

consagra la regla contraria también para la venta de cosas fungibles, sólo que «*hecha aisladamente y por un sólo precio o sin consideración a su peso, número o medida*». Es esto último, la necesidad de las operaciones de mensura, lo que exige un régimen distinto. El dato común que presentan las diversas modalidades de compraventa que encajan en el pfo. 3.º es que las operaciones de recuento son **necesarias, bien para la determinación de la cosa** (hasta ahora sólo determinable), **bien para la determinación del precio** (igualmente sólo determinable hasta ahora). En cuanto al primer caso es fácil comprender que hasta que las cosas no se separan del género no se puede atribuir el riesgo al comprador. Respecto del segundo, la no determinación inicial del precio no es por sí sólo suficiente para que el riesgo sea para el vendedor durante la fase de la indeterminación. Si la fijación del precio se ha atribuido a un tercero o es el de un día cierto en Bolsa, feria o mercado, el riesgo es a cargo del comprador desde el acuerdo de voluntades (arts. 1445 y 1450). **Sólo si las operaciones de mensura son necesarias para determinar el precio**, el supuesto es subsumible en el pfo. 3.º del 1452. Es claro que la consecuencia jurídica que éste prevé —la atribución del riesgo al vendedor— es para la venta de cosas fungibles por un precio fijado en relación al peso, número o medida, en el momento previo a la realización de tales operaciones. Siendo una norma excepcional no puede extenderse a otras ventas por el mero hecho de que el precio sea determinable. Así se deduce, además, de manera rotunda, del pfo. 2.º que de modo expreso consagra la regla general para las ventas hechas aisladamente y por un precio establecido **sin consideración a su peso, número o medida**.

En cuanto al significado del inciso final del pfo. 3.º del artículo, que impone el riesgo al comprador aún antes de las operaciones de mensura cuando «*éste se haya constituido en mora*» depende en buena medida de lo anterior. Si el momento del traspaso del riesgo al comprador en las modalidades de venta a que se refiere esta norma es el de las operaciones de mensura, es lo coherente entender que la mora es una conducta de no colaboración del acreedor referente a tales operaciones. Nada tiene que ver, según la interpretación acogida, el riesgo con la entrega de la cosa y por ello no se puede pensar que es la negativa del comprador a recibir la cosa vendida lo que está en la mente del legislador. Tal conducta no puede determinar el traspaso del riesgo al comprador sencillamente porque dicho traspaso se ha producido en un momento previo. La negativa del comprador a recibir no puede ser previa a las operaciones de contar, pesar o medir (salvo que se piense en una notificación o algo parecido por virtud de la cual el acreedor haga saber al deudor su intención de no aceptarla). Distintas son las cosas en el Derecho alemán, cuyo Código expresamente declara que la mora determina el traspaso del riesgo, pero es que en él la regla general es la de que el riesgo se transmite con la entrega. Si la entrega no ha sido posible debido al acreedor, él debe de sufrir la pérdida.

VI. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: ART. 1568

Es el único precepto que, dentro de la regulación del arrendamiento de cosas, se ocupa de la pérdida de la cosa arrendada. A diferencia de lo que hemos visto que ocurría con el 1452, la atención que le ha prestado nuestra doctrina —como en general a los arrendamientos regidos por el Código— es prácticamente nula.

Dejando de lado los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas sujetas a leyes especiales, para los cuales hay normas particulares, lo primero que hay que determinar es a qué arrendamientos —de los sujetos al Derecho común— se refiere la norma. La cuestión no es todo lo clara que sería de desear debido a la sistemática del Código, pero es obvio que no se puede reducir a los arrendamientos de fincas, aún cuando es en el capítulo dedicado a estos donde se la incluye. Las normas que integran dicho capítulo se entienden referidas al arrendamiento de cosas en general, tanto muebles como inmuebles. No rige, sin embargo, el 1568, respecto de los arrendamientos de obras y servicios, de los que se ocupa el capítulo siguiente.

Supuesto de hecho del art. 1568 es la pérdida de la cosa arrendada (60). A excepción de MUCIUS SCAEVOLA, quien considera, basándose en argumento claramente erróneo (61), que el 1568 alude sólo al caso de pérdida total, el resto de los autores (62) lo creen igualmente referido a la pérdida parcial, definida por MANRESA como aquel esencial cambio de estado que la haga inapta para el fin a que venía siendo destinada (63). Se piensa asimismo que la pérdida puede ser tanto física como jurídica, entendiéndose que ésta última tiene lugar cuando «aún subsistiendo físicamente la cosa no puede ésta ser utilizada por el arrendatario en virtud de la aplicación de normas jurídicas imperativas que prohiban la utilización de la cosa para el destino pactado o el que se infiera de la naturaleza de la misma según costumbre de la tierra» (64).

Parece por otra parte referirse el artículo a todo tipo de pérdida, tanto fortuita como imputable al deudor. Esto es lo que interpretan los mismos autores anteriormente citados, coherentemente con la *ratio* que atribuyen a la norma y con la consecuencia jurídica que, siguiendo a GARCIA GOYENA, creen que establece. No duda la doctrina que lo

(60) No nos interesa aquí el incumplimiento del contrato, que está igualmente previsto por el precepto.

(61) *Vid.* p. 598 del tomo XXIV del «Código Civil», Madrid 1909.

(62) ALBÁCAR LÓPEZ: «Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia». Tomo V, Madrid 1991, p. 752; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II. Madrid 1991, p. 1131; MANRESA: «Comentarios al Código Civil Español», Tomo X, vol. 2.º, 6.ª edición, Madrid 1969, p. 238.

(63) Obra y página citadas en nota anterior.

(64) LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, vol. 1.º, Jaen 1980, p. 453.

que hace el art. 1568 es proclamar la extinción del contrato de arrendamiento y que la razón de ello es que, tratándose de un contrato de tracto sucesivo, la desaparición de su objeto durante cualquier momento de la vigencia del mismo, determinará necesariamente la extinción del contrato y que es indiferente a tales efectos cuál sea la causa de la pérdida, dado que lo que ocurre es que falta uno de los elementos esenciales del contrato.

Pero esta forma de razonar no es correcta. Lo que es evidente en materia de derechos reales, en los que la desaparición de la cosa determina la extinción de la relación jurídico-real, no lo es en absoluto en materia contractual. Se va a extinguir ineludiblemente la obligación que tenga por objeto la cosa desaparecida (65), pero no el contrato. Incluso el art. 1452 es prueba de ello, pero no porque opte por la subsistencia del vínculo contractual (no otra cosa significa que no siendo responsable resulte obligado el comprador al pago del precio), lo que al fin y al cabo es algo excepcional, sino porque lo hace precisamente a base de negar al comprador la posibilidad de resolver que normalmente le correspondería. Tal y como se entiende hoy el artículo en cuestión, la pérdida de la cosa vendida no produce la extinción del contrato, extinción que de todas formas no se produciría automáticamente.

No hay razón, pues, para sostener con LAURENT (66) que la resolución del arrendamiento sea inherente a la naturaleza misma del contrato, en cuyo caso, además, el art. 1568 resultaría una norma obvia. No cabe duda, no obstante, que nuestro legislador podría haber optado por atribuir a la pérdida fortuita del objeto arrendado la consecuencia de la inmediata y automática finalización del contrato. Pero no lo ha hecho. El art. 1568 nos confirma la idea de que en nuestro ordenamiento la imposibilidad sobrevenida fortuita es sólo causa de resolución del contrato, pero que no origina este efecto automáticamente. Remitirse a los arts. 1182 y 1183 no es, desde luego, el modo más directo de declarar la extinción del contrato de arrendamiento. Si ésta hubiese sido en efecto la intención del legislador, se hubiese dicho de otro modo, como hacía el art. 1487 del Proyecto del 51.

Encontramos en dicho Proyecto dos artículos distintos referidos a la pérdida de la cosa arrendada. Mientras que el 1487 se limita a la pérdida fortuita, declarando que si es total «*queda de derecho rescindido el contrato*» y que si es parcial puede el arrendatario «*optar entre la rebaja proporcional del precio o la rescisión del arriendo*», el 1499 se remitía, para el caso de pérdida de la cosa arrendada, al 1160 (precedente del actual 1182). Es obvio que ambos artículos, tomados respectivamente de los 1722 y 1741 del Code, no querían decir lo mismo,

(65) Con la única excepción de los casos en que tenga lugar la *perpetuatio obligationis* si se admite que esto es lo que ocurre cuando el deudor es responsable.

(66) «Principes...», tome XXV, p. 448.

aunque el no aparecer el primero de ellos en el Código podría ser indicio de que nuestro legislador, quizás influido por los comentarios de García Goyena, atribuyese a ambos el mismo significado y se decidiera por la supresión de uno de ellos.

Del art. 1568 no se puede deducir la resolución legal del contrato de arrendamiento. El precepto se limita a disponer que si se pierde la cosa arrendada «*se observará lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183*». Estos son, como es bien sabido, preceptos pensados para obligaciones unilaterales que se limitan a declarar extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor, siempre que éste no esté en mora. De modo que hay que entender que la pérdida de la cosa arrendada produce la extinción de la obligación que como consecuencia de ella ha devenido imposible, pero no del contrato. También el art. 1452 contiene una remisión al 1182 y es claro que no está estableciendo la extinción de la compraventa, ni siquiera por la pérdida total de la cosa vendida. Lo que se extingue es la obligación devenida imposible (la entrega de la cosa) pero la subsistencia de la correlativa queda sin decidir. Y lo mismo ocurre respecto del 1568.

Pero no por ello es una norma innecesaria. Al ser el arrendamiento un contrato de tracto sucesivo se plantean algunas hipótesis de solución dudosa de no ser por la regla del 1568. A diferencia de lo que ocurre en la compraventa y en general en los contratos de tracto único en los que la destrucción de la cosa objeto del mismo impide únicamente el cumplimiento de la obligación de entrega, en el arrendamiento puede imposibilitar el cumplimiento de distintas obligaciones, y no sólo del arrendador sino también del arrendatario.

Nuestra doctrina circunscribe en general (67) el 1568 a la pérdida de la cosa en manos del arrendatario, lo cual tendría sentido si el arrendamiento fuera un contrato real pero, siendo consensual y dado que el precepto no distingue, es lo correcto incluir en él la pérdida del objeto del contrato desde el momento de su celebración y por lo tanto también antes de la entrega. Cuestión distinta es que para este caso la norma resulte innecesaria.

Según el momento en el que se produzca la pérdida de la cosa arrendada puede incidir sobre alguna de las siguientes obligaciones:

— La obligación de entrega de la cosa a cargo del arrendador: generalmente el objeto del contrato es una cosa determinada, de manera que su pérdida fortuita libera al deudor de su cumplimiento, salvo que estuviese constituido en mora. La entrega de la cosa es presupuesto previo para el cumplimiento de la principal obligación a cargo del arrendador, que es la de proporcionar al arrendatario el goce de la cosa arrendada. Esta, obviamente, no va a ser ya posible. Queda en conse-

(67) No así, BLANCO: «Curso ...» Tomo I, p. 97.

cuencia por ver si subsiste o no la correlativa de pago de la renta, pero ello es algo que no aborda el 1568 y cuya solución habrá que buscar en otro lugar.

Puede también ocurrir que el objeto del contrato sea una cosa genérica, en cuyo caso, si se pierde aquélla con la que el arrendador pensaba satisfacer su deuda, tendrá que proporcionar al arrendatario otra perteneciente al género. No estamos ante una hipótesis subsumible en el 1182 pues la cosa objeto de la obligación de dar no es determinada.

— Obligación (también a cargo del arrendador) de mantener al arrendatario en el uso pacífico de la cosa arrendada. El arrendador, si prueba que la pérdida no le es imputable, quedará igualmente liberado de esta obligación. Ello era algo obvio, sin necesidad del art. 1568 en los supuestos más frecuentes en que el arrendamiento se concierta sobre un objeto determinado, pero tratándose de un arrendamiento de cosa genérica se suscitaría la duda de si, producida la destrucción fortuita de la cosa en manos del arrendatario, podría o no exigir éste del arrendador la entrega de otra perteneciente igualmente al género pactado. El artículo que comentamos resuelve esta duda en sentido negativo. Lo que en realidad hace es poner de manifiesto que la pérdida de la cosa arrendada constituye un supuesto de imposibilidad liberatoria del art. 1182. La aplicación de lo en él preceptuado tiene lugar desde la concentración y ésta desde la entrega de la cosa al arrendatario. Se justifica por suponer una alteración al principio general según el cual el acreedor debe exigir el cumplimiento al deudor mientras éste sea posible. Se trata, en suma, de negar que pese sobre el arrendador la obligación de reponer la cosa si ésta ha perecido, solución idéntica a la de otros ordenamientos (68). Cuestión distinta, como ya se ha indicado anteriormente, es la del destino de la contraprestación y la rescisión del contrato.

Al incumplimiento de la obligación de procurar al arrendatario el uso pacífico de la cosa arrendada, no es aplicable el 1183, cuyo supuesto de hecho es que la cosa se haya perdido en poder del **deudor** porque el deudor de la misma es el arrendador, quien ya ha entregado la cosa al arrendatario.

— Obligación del arrendatario de devolver la cosa arrendada cuando finalice el contrato de arrendamiento: si la pérdida es total la restitución *in natura* no es ya posible. Tampoco pesa sobre el arrendatario deber de indemnizar si no está en mora y prueba el carácter fortuito de la pérdida. Ninguna innovación respecto de los principios generales supone para este caso el 1568. Además, siendo una obligación unilateral no plantea tampoco el problema del destino de la contraprestación. Si la pérdida es parcial, rige el 1561, que obliga al

(68) ABELLO: «Trattato della locazione», seconda edizione, vol. 1, Napoli 1915, p. 668; ENNECERUS...: «Tratado...», Tomo II, vol. 2, p. 261.

arrendatario a devolver la finca «*tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable*». Puede, pues, entenderse parcialmente liberado de la obligación de restituir por imposibilidad sobrevenida fortuita.

En realidad, sólo para la segunda de las obligaciones señaladas se muestra necesario el art. 1568, pues la solución respecto de las otras dos se deduce sin vacilación de los principios generales. Mas no por ello puede concluirse que el artículo en análisis comprende únicamente la pérdida de la cosa arrendada en manos del arrendador - idea que se desprende de los comentarios de nuestros autores- pues, aparte de la indiferenciación de la ley, no hay que olvidar la remisión al art. 1183, que al carecer de sentido respecto de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, no cabe duda que se introdujo en relación con las dos restantes: la de entrega de la cosa por el arrendador y de restitución por el arrendatario. Además, tal y como se expondrá más adelante, el 1568 tiene justificación como excepción al 1556.

Una vez que hemos concluido que el art. 1568 no regula directamente el problema del *periculum obligationis* en el contrato de arrendamiento, es el momento de buscar su solución fuera del mismo. Cúal sea ésta es algo que no puede ofrecer dudas. En nuestro ordenamiento la regla general, que es la que procede aplicar aquí, es que devenida imposible la prestación de una de las partes y habiendo en consecuencia incumplimiento, puede, en base al 1124, instarse la resolución del contrato; exactamente lo contrario de lo que se deduce para la compraventa poniendo en relación con éste el 1452.

Aducen muchos que el régimen de riesgos del arrendamiento debe de ser distinto al de la compraventa porque mientras que ésta es de tracto único, aquél es de tracto sucesivo. Todo lo más podría esta ser la *ratio* para la pérdida que se produce cuando ya el arrendatario está disfrutando de la cosa arrendada, pero no lo es respecto de la pérdida fortuita anterior a la entrega y, como ya se indicó, no es sostenible que sólo para aquélla hipótesis esté pensado el 1568. La entrega de la cosa arrendada es, como la de la cosa vendida, una obligación de tracto único (69). Desde esta perspectiva podría muy bien arguirse que si en nuestro sistema el comprador tiene que pagar el precio pese a no recibir la cosa vendida, por la misma o con mayor razón tendrá que satisfacer la renta pese a no obtener el uso de la cosa. La verdadera razón de la distinta disciplina del riesgo es que en la compraventa la entrega es transmisiva de la propiedad y en el arrendamiento no. Esa es, al menos, la tenida en cuenta por el Código italiano en los arts. 1463 y 1465,

(69) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Derecho Civil de Enneceurus, Kipp, Wolf, Tomo II, vol. II, Barcelona 1966, p. 273.

que al introducir normas generales para todos los contratos con prestaciones correspectivas, distinguiendo según que produzcan o no efectos reales, explica la desaparición del art. 1578 del antiguo Código para el caso concreto del arrendamiento (70).

Razones de tipo práctico abogan en favor de que devenida imposible una de las obligaciones recíprocas, la resolución del vínculo contractual no sea automática, especialmente si la pérdida no es definitiva o si es parcial. Las partes no sabrían a qué atenerse en cuanto a si el contrato sigue o no vigente. Tampoco si la pérdida es parcial puede entenderse que la resolución es inmediata, pues ello significaría prescindir totalmente del interés de los contratantes e impediría reconocer en favor del arrendatario el derecho a optar entre el mantenimiento del contrato con una rebaja proporcional de la renta o desligarse del mismo si lo desea. Esto es algo que no puede someterse a una valoración objetiva, pues sólo el arrendatario puede decidir si le sigue o no interesando el arriendo.

Pero no confundamos las cosas: entender que para dar por resuelto el contrato es precisa una declaración expresa al efecto, no significa que, entretanto, el arrendatario deba la renta acordada a pesar de no estar disfrutando de la cosa. Son cuestiones distintas: siendo obligaciones recíprocas, la obligación de pago de la renta carece de causa si no se le proporciona la posibilidad de uso al arrendatario. Aún a falta de una norma expresa similar al párrafo 323 del BGB o 1463 del Código italiano, hay que entender con base en los principios generales y en el art. 1558 que la solución es la misma en nuestro Derecho. Quizás su compatibilidad con la afirmación anterior de que la resolución no es automática no se aprecie bien a simple vista, pero su utilidad es clara en los casos de imposibilidad simplemente temporal. En base a dicho principio puede afirmarse que durante el tiempo en que no se procure el goce al arrendatario, no se le puede exigir el pago de la renta, pero el contrato continúa vigente si no se ha instado la resolución, de manera que, finalizada la imposibilidad, podrán las partes exigirse su cumplimiento. Ciertamente, en los casos de pérdida total y absoluta pierde buena parte de su sentido la declaración de rescisión. Por eso dice LA-RENZ que los párrafos 275 y 323 del Código alemán hacen innecesario acudir a la rescisión en los casos de pérdida total (71). Se explica también desde esta perspectiva la tan reiterada afirmación, que no es exclusiva de la doctrina de nuestro país, de que la pérdida total de la cosa arrendada produce la extinción de pleno derecho del contrato.

(70) Este, en traducción de Romero y Girón, Madrid 1876, decía así: «Si durante el arrendamiento la cosa arrendada se ha destruido totalmente, queda el contrato rescindido de derecho; si no se hubiese destruido más que en parte, puede el inquilino, según las circunstancias, pedir la disminución del precio o la rescisión del contrato. En ambos casos no tiene lugar ninguna indemnización».

(71) «Derecho de Obligaciones», tomo II, traducción española de SANTOS BRIZ, Madrid 1959, p.211.

Desde la interpretación propuesta, el art. 1568 del Código se nos muestra como una excepción a lo preceptuado en el 1556. Se considera éste una aplicación, con algunas variantes ventajosas para la víctima del incumplimiento, del 1124. Incumplida cualquiera de las obligaciones enumeradas en el art. 1554 o 1555, podrá el acreedor de la misma pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios (si procede con arreglo a las reglas generales) «*o sólo esto último, dejando el contrato subsistente*». Nada dice el artículo acerca de si el incumplimiento tiene que ser o no imputable al deudor. La exigibilidad de los daños y perjuicios por el acreedor, tanto si opta por la resolución como si no, parece apuntar en favor de que el legislador piensa en un incumplimiento imputable. Pero no tiene por qué ser así; también el 1124 alude al resarcimiento de daños y sin embargo se entiende a cargo del deudor únicamente cuando él es responsable del incumplimiento. De la misma forma debe razonarse respecto del 1556, cuyo campo de aplicación comprende cualquier tipo de incumplimiento porque, como afirmó la Sentencia de 14 de enero de 1936 «el precepto legal no distingue a tal respecto, atendiendo de modo exclusivo al resultado ...». Un nuevo argumento en favor de que el art. 1556 comprende tanto la pérdida culpable como la fortuita resulta del n.º 2 del art. 1554. Alude éste a la obligación del arrendador de efectuar en la cosa arrendada, mientras dure el arrendamiento, todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Aunque no es fácil encontrar casos en que el incumplimiento de dicha obligación no sea imputable al deudor, parece claro que también entonces puede el arrendatario optar entre rescindir o no, salvo, lógicamente, que haya sido él quien haya impedido el cumplimiento.

Conforme al 1556, si el arrendador no entrega la cosa o no mantiene al arrendatario en el goce pacífico de la misma, podrá éste, además de exigir la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda según los principios generales, elegir entre la rescisión o el mantenimiento del contrato. Pero ésta última posibilidad le está vetada cuando la causa del incumplimiento sea la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación. Así resulta del 1568, de cuya remisión al 1182 se deduce, tal y como ya hemos concluido, la extinción de la obligación del arrendador, lo que le exime de facilitar a su acreedor una nueva cosa, incluso si es posible encontrar otra que satisfaga plenamente su interés (72). Mantener en tal caso el contrato supondría para la víctima del incumplimiento una ventaja injustificada y para el otro contratante un perjuicio excesivo.

(72) Si tendrá, sin embargo, que hacerlo cuando la imposibilidad sea imputable al arrendador, en cuyo caso el arrendatario disfrutará plenamente de la opción del 1556: o rescisión del contrato (con indemnización) o mantenimiento del mismo (también con indemnización).

VII. CONTRATO DE OBRA: ARTS. 1589 y 1590

Es opinión mayoritaria (73) entre nosotros la de que el sentido del art. 1589 del Código es declarar que el contratista que se obligó a aportar el material no puede exigir el precio de la obra cuando ésta se destruye fortuitamente antes de ser entregada, salvo en el caso de morosidad en recibir la obra, y que el art. 1590, referido al contrato de obra sin suministro de materiales por el contratista, distribuye los riesgos entre los dos contratantes, puesto que el contratista habrá trabajado «en vano» (no recibirá el precio) y el comitente perderá los materiales. Sólo podrá reclamarse el precio por el contratista, aparte de en el caso de la mora, en el supuesto en que «*la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño*». Se piensa, además, que los artículos no resuelven el problema de si subsiste la obligación del contratista de ejecutar la obra a que se comprometió inicialmente, aunque debe entenderse que es así siempre que sea posible su realización (74). Mayor diversidad de opiniones se encuentra a propósito de cuál es el fundamento de la solución legislativa al problema de los riesgos en el contrato de obra.

La anterior interpretación tiene, como mínimo, el inconveniente de que deja inexplicada la razón por la que se utilizan dos preceptos distintos, uno para el contrato de obra con suministro de materiales y otro sin él, si se va a establecer el mismo régimen de riesgos. Ambas normas se refieren a la pérdida de la obra anterior a la entrega y las dos imponen el riesgo al contratista en el sentido, según la opinión expuesta, de que no puede reclamar al comitente el precio. Pero es inútil distinguir si el contratista aporta los materiales o no, porque en definitiva siempre va a sufrir el riesgo (75). El hecho de que el 1590 recoja una excepción a la regla general que no aparece en el 1589 no parece suficiente para justificar la duplicidad de normas.

(73) DEL ARCO Y PONS: «Derecho de la Construcción», Jaén 1980, p. 255; ALBACAR LÓPEZ: «Código Civil. Doctrina y jurisprudencia». Tomo V, p. 1210; CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho Civil Español, Común y Foral», Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981, p. 501; Díez-PICAZO y GULLÓN: «Sistema...», II, p. 439; LACRUZ BERDEJO: «Elementos...», II, 3.º, p. 283; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», T. XX, 2.º, Madrid 1986, p. 264 y ss; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «Notas al Tratado de Ennecerus, Tomo II, 2.º, p. 540 y 541; PUIG BRUTAU: «Fundamentos...» II, 2.º, p. 444; SAGARDOY BENGOCHEA: «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», ADC 1964, p. 53; SÁNCHEZ CALERO: «El contrato de obra. Su cumplimiento», Madrid 1978, p. 183; SOTO NIETO: «El caso...», p. 269 y ss.

(74) ALBALADEJO, en cambio, parece identificar destrucción de la obra con imposibilidad sobrevenida («Derecho Civil» II, 2.º, p. 273).

(75) BLANCO: «Curso...», T. I, p. 102.

Es mucho más lógico pensar que los arts. 1589 y 1590 versan sobre cosas distintas y que la consecuencia jurídica del primero (el contratista «*sufrirá la pérdida*») es diferente de la del segundo, conforme al cual el contratista «*no puede reclamar ningún estipendio*». La interpretación que se va a proponer sobre ambos preceptos responde a esta idea. Según ella, uno y otro guardan relación entre sí, si bien resuelven problemas distintos: del primero se desprende que la destrucción de la obra no es un supuesto de imposibilidad liberatoria si el contratista se obligó a aportar el material, el segundo regula el *periculum obligatio-nis*.

El art. 1589 se refiere al contratista que se obligó a poner el material. Está pensado para los contratos de construcción de una *res nova*, no para los de reparación o modificación de una cosa ya existente. Su consecuencia jurídica, tal y como está formulada, puede tener significados diversos. Descartado por la razón ya indicada (¿porqué diferenciar su supuesto de hecho del del artículo siguiente si la consecuencia jurídica es la misma?) que se esté eximiendo al comitente de la obligación de pago del precio, cabe pensar que su sentido es aclarar que los materiales se pierden para el contratista. Esto es lo que sostiene la doctrina francesa, en la que está muy arraigada la distinción entre «riesgos de la cosa» y «riesgos de la remuneración». Mas, ¿qué quiere decir exactamente que los materiales se pierden para el contratista?

Podría pensarse que se trata sólo de atribuir el *periculum rei* al contratista. Sin embargo, esto parece algo obvio, tanto como que la cosa vendida se pierde para el vendedor, dueño de la misma, o como que la cosa arrendada se pierde para el arrendador, de cuyo patrimonio desaparece. Según SANCHEZ FONTANS, «en cierto sentido puede afirmarse que la cosa perece siempre para su dueño, pues es quien se ve privado del derecho de propiedad, aún en aquellos casos en que el perjuicio económico que esa pérdida entraña es soportado por el otro contratante» (76). Es por ello por lo que no se comprende bien que el Código haya de declarar expresamente tal cosa para el contrato de obra.

Frente a ello podría contraargumentarse que en sistemas como el francés de transmisión consensual de la propiedad, la norma según la cual el contratista sufre la pérdida del material es precisa porque de no ser por ella se dudaría, al menos si el régimen de riesgos se liga a la propiedad de la cosa, si la propiedad de lo ya construido (y de los materiales empleados en la construcción) corresponde al contratista (deudor de los mismos) o al comitente.

Una pista para descubrir el significado de la consecuencia jurídica establecida por el art. 1589 («*el contratista sufrirá la pérdida*») encontramos en sus precedentes inmediatos y, concretamente, en el art. 1788

(76) «El contrato de construcción», Tomo II, Montevideo 1953, p. 199.

del Code y en el art. 1635 del antiguo Código italiano. En ambos y en la Partida V, 8, 17 aparece un dato que no por haber omitido nuestro art. 1589 hay que considerar suprimido y es que se refiere a la pérdida de la obra producida por cualquier causa (77), es decir, la norma se refiere tanto a la pérdida fortuita como a la imputable al contratista. La consecuencia jurídica para este es idéntica en ambos casos. No es dudoso que si la pérdida le es imputable tendrá que proporcionar nuevos materiales y rehacer la obra. Lo mismo cabe decir para el caso fortuito. Se exceptúa sólo la morosidad en la recepción de la obra. En suma, la situación del contratista es la misma con independencia del carácter culpable o fortuito de la pérdida. En ambos casos continúa obligado a hacer y entregar la obra. Habrá diferencias, claro está, en cuanto a la responsabilidad derivada de la mora, sólo exigible si el retraso le es imputable, pero no en cuanto a la subsistencia de la obligación.

Esta idea encuentra base en otros argumentos, concretamente en el art. 1590. Está éste referido al contratista que sólo pone su trabajo, el cual, en el caso de destrucción fortuita de la obra, no puede reclamar el precio; ¿significa esto que sí puede hacerlo, en la misma hipótesis, el contratista que suministra el material?. Es obvio que no, lo que ocurre es que se ha entendido que sólo cuando está obligado a restituir (bien porque debe los materiales que se le han entregado para que realice su trabajo, bien porque se le entrega una cosa para que la repare) puede quedar liberado en base a la imposibilidad sobrevenida fortuita y por eso únicamente para este caso se ha regulado la forma en que ello incide sobre la correlativa obligación del comitente.

De esta forma se deduce del art. 1589 que el contratista no se exime de su obligación de obtener el resultado acordado por el hecho de que la obra se pierda antes de su entrega. Nunca, según el Código, la destrucción de la obra antes de su entrega determina la liberación del contratista si éste suministra el material. En el momento de la entrega su prestación se concentra y se traspaasa el riesgo al otro contratante (78). Es exactamente lo mismo que ocurre en la compraventa de cosa genérica, sólo que en ésta la concentración es previa a la entrega. De la misma forma que el deudor de cosa genérica asume el «riesgo»,

(77) Art. 1788 del Code: «*Si, dans le cas ou l'ouvrier fournit la matière, la chose vient a périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fut en demeure de recevoir la chose*».

Art. 1635 del antiguo Código Italiano, según traducción de Romero y Girón: «*En el caso de que el artífice suministre la materia, es de cuenta del mismo la pérdida de la cosa, si ésta pereciere de cualquier manera antes de haberse entregado, a no ser que el que la mandó hacer estuviese en mora para recibirla*».

Ley XVII, Título VIII, Partida V: «*...Otrosí dezimos que destajando alguna ome alguna laour so tal pleyto que fara la laour en tal guisa, que por qual manera quier que se pierda, o se derribe, fasta que el señor otorgue que se paga della, sea a su peligro...*».

(78) BERTRAND: «Les risques dans le contrat d'entreprise», *Revue de Droit Immobilier* 1981, p. 178; ENNECERUS, KIPP, WOLFF: «Tratado...», II, 2.º, p. 521.

en el sentido de que soporta la pérdida que acaezca antes de la concentración (no queda liberado mientras existan cosas pertenecientes al género), el deudor de la obra, salvo mora del acreedor «*sufre la pérdida*» de ésta si tiene lugar antes de la entrega (tendrá pues, que construir nuevamente la cosa). La razón de ello es que la obra es jurídicamente considerada como indeterminada (79). Cuando se ha pactado que el contratista proporcione el material su obligación es genérica: siempre que haya otros materiales aptos para la construcción y dado que el contratista no está imposibilitado para la ejecución de la prestación (80), subsiste la obligación principal que del contrato de obra nace a su cargo.

En realidad, es la misma solución que resulta de los principios generales: mientras que la prestación sea legal y físicamente posible, el deudor permanece obligado. No obstante, este contrato presenta una peculiaridad que convierte la norma en necesaria: el elemento tiempo, referido, como indica MESSINEO, no a la ejecución del contrato, sino a la producción del resultado (81). Por otro lado, en ocasiones resultará tremendamente oneroso para el contratista el emprender de nuevo la obra y teniendo en cuenta el carácter fortuito de la pérdida de la ya iniciada, es probable que nos hubiésemos inclinado, ante el rigor de la solución que resulta del régimen de los arts. 1182-1184, por entender que el contratista queda en tales casos liberado.

Ahora bien, el art. 1589 debe de ser interpretado en relación con el 1184 y concordantes, de manera que si en algún caso (que será poco frecuente) los materiales que tiene que suministrar el contratista son de naturaleza no fungible y se produce la destrucción fortuita de la obra —extremo éste que deberá de probar el deudor de la misma—, estaremos ante una imposibilidad liberatoria para el deudor (82). Pero en general el legislador ha entendido con buen criterio que cuando se pacta que el contratista suministre el material, su obligación es genérica, lo que quiere decir que salvo que se agoten los materiales adecuados para la obra o que el contratista se vea en la imposibilidad de realizarla por causa independiente de su voluntad (hipótesis del art. 1595), siempre será posible (aunque resulte muy gravoso) obtener el resultado pactado. Mientras así sea, el contrato está vivo y las obligaciones de ambas partes también.

(79) BERTRAND: «Les risques...», p. 181; LAURENT: «Principes...», T. XXVI, p. 9; MANRESA: «Comentarios al Código Civil Español», T.X, Madrid 1905, p. 696.

(80) No es esta la hipótesis del artículo, que no se refiere a la imposibilidad sobrevinida de la prestación, sino a la «destrucción de la obra».

(81) «Manual de Derecho Civil y Comercial», traducción de Santiago Sentís Melendo. T. V, Buenos Aires 1971, p. 196.

(82) Es de esta opinión VITALI: «Dell'appalto» en «Commentario torico-pratico al codice civile diretto da Vittorio de Martino», Roma 1973, p. 519.

De ser cierta esta interpretación, el art. 1589 estaría advirtiendo, para el caso de contrato de obra con suministro de materiales por el contratista, que la destrucción de la obra no constituye por sí un caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación (como tampoco lo es la pérdida de la cosa genérica antes de la entrega). Por supuesto que el comitente sigue estando obligado al pago del precio, pero a cambio del resultado debido por el contratista. Según SPOTA (83) la esencia jurídica de la locación de obra indica que solamente ante el resultado alcanzado procede el pago del precio de la obra en que se concretó ese resultado.

Nuestro Código no contiene ninguna previsión expresa relativa a si queda o no liberado el deudor de la obra cuando su destrucción acaece antes de la entrega, para el caso de contrato con suministro de materiales por el comitente. El art. 1590 se ocupa tan sólo de la subsistencia de la obligación de pago del precio cuando la ejecución de la obra ha devenido imposible, pero no de indicar cuándo tal imposibilidad se produce. No puede utilizarse, para resolver esta cuestión, el art. 1589, pues de la norma según la cual el contratista deudor de los materiales tiene que suministrar otros nuevos si la obra se destruye antes de la entrega, que es lo que en definitiva he deducido de este artículo, no puede deducirse a contrario que el comitente obligado a aportarlos no tenga que hacerlo en el mismo caso. Lo único que mediante una interpretación a contrario puede extraerse del precepto en cuestión es que el contratista que no se obligó a suministrar el material no tiene que aportar los materiales para la obra si ésta se destruye sin su culpa. Ello es algo obvio y quizás por eso no pasó al Código la disposición del Proyecto del 51 que así lo establecía. El art. 1530 del Proyecto, tras contener en su primer párrafo la norma del actual art. 1589, y con términos idénticos, añadía en un segundo párrafo: «*Si ha puesto sólo su trabajo o su industria, no es responsable sino de los efectos de su impericia*». La doctrina francesa entiende respecto del art. 1789 del Code, de redacción análoga (84), que su significado es que la destrucción o deterioro de los materiales los sufre el comitente, propietario de los mismos, si el contratista obligado a su restitución prueba que la pérdida no le es imputable (85); Pero afirmar que el riesgo de los materiales lo sufre el comitente es una expresión de significado dudoso (podría entenderse que

(83) «Tratado de locación de obra», Vol.II, 3.^a edición, Buenos Aires 1976, p. 117.

(84) «*Dans le cas ou l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient a périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute*».

(85) BOURBEAU: «Théorie...», p. 197; DELVAUX: «Traité juridique des batisseurs», Bruxelles 1968, deuxième édition, tome premier, p. 52; HANNEQUART: «Le droit de la construction», Bruxelles 1974, p. 143; LAURENT: «Principes...», T. XXVI, n.º 9, p. 12.

con ello quiere decirse que el comitente tiene que aportar nuevos materiales (86)). Con arreglo a sus precedentes, la finalidad de la norma no es otra que proclamar que el contratista no es responsable del fortuito, según siempre se entendió en nuestro Derecho histórico (87). También ahora la solución coincide con los principios generales (88): el contratista que recibe del comitente el material con que realizar la obra asume un deber de custodia y restitución del mismo (89), del que quedará liberado si se destruye fortuitamente, aunque no si la destrucción le es imputable.

La solución es aplicable no sólo en los casos en que el comitente aporte el material, sino también respecto de aquellos contratos por virtud de los cuales se entrega al contratista un objeto para que lo repare o transforme, pues también en estos se detenta una cosa ajena, requisito necesario para la aplicación de esa norma de exención de responsabilidad (90).

La no inclusión en el Código, tras lo preceptuado en el 1589, de la regla contenida en el pfo. 2.º del art. 1530 del Proyecto, es, en buena medida, la responsable de la interpretación de nuestra actual doctrina sobre el régimen de los riesgos en el contrato de obra, que deja algunos puntos oscuros, como el de la subsistencia o no de la obligación de obtener el resultado pactado. Propiamente la norma no es necesaria, dado que al mismo régimen (el de que el contratista no responde de la pérdida fortuita de los materiales) se llega a partir de los principios generales, pero al suprimirse, sin modificarse la redacción de la norma previa y de la siguiente, respectivamente referidas al contrato de obra con suministro de materiales (pfo. 1.º del art. 1530 del Proyecto) y a aquél en el que el contratista se obliga sólo con su trabajo (art. 1531 del Proyecto), inducen al lógico error de creerlas referidas a la misma cuestión. Sólo la coincidencia, para ambas hipótesis, de la consecuencia jurídica, pone al intérprete sobre la pista de que no es así.

Volviendo al caso del contrato de obra con suministro de materiales por el comitente, debe de partirse de que, a falta de norma expresa, hay que estar a las reglas generales para decidir cuándo hay imposibilidad liberatoria. Debe, eso sí, tenerse presente que para nues-

(86) De hecho, algunos autores italianos (VITALI: «Dell'appalto», p. 520 y SCOCCINI-RIPA: «Il contratto di appalto tra privati», Roma 1987, p. 178) interpretan de ese modo la expresión utilizada por el 1673, pfo. 2.º del Código italiano que expresamente dice que el perecimiento o deterioro de la obra es a cargo del comitente.

(87) Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «Códigos o Estudios...», T. IV, p. 441 y ss.

(88) RICCI: «Derecho Civil», T. XVII, p. 336.

(89) BORREL MACIA: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, voz «arrendamiento de obras», p. 914; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios...», T. XX, vol. 2.º, p. 251; MANRESA: «Comentarios...», T.X, p. 698; POTHIER: «Tratado de la locación-conducción», traducido al español, Barcelona 1841, p. 192; SALVADOR CODERCH: «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, T.II, p. 1189.

(90) BERTRAND: «Les risques...», p. 180.

tro Código tal imposibilidad no se produce en el contrato de obra con suministro de materiales por el contratista, sí que es posible cuando el que suministra los materiales es el dueño de la obra. Prueba de ello es el art. 1590 que regula el *periculum obligationis* en esta última modalidad de contrato de obra.

De conformidad con los principios generales, la destrucción fortuita antes de la entrega de la obra y siempre que el deudor no esté en mora le eximirá de su obligación salvo que el comitente le entregue nuevos materiales. Si es así el resultado puede todavía ser obtenido. El contratista tendrá que realizar de nuevo el trabajo que ha perdido, pero su situación no es distinta de la contemplada en el art. 1589. Ahora bien, el comitente no está, propiamente, obligado a aportar nuevos materiales. La ley no le impone este deber. Su obligación de suministro de materiales se ha extinguido con el cumplimiento. De otro lado, es obvio que el contratista no tiene que aportarlos en esta modalidad de contrato de obra (art. 1589 a contrario) y que a falta de material no puede lograr el resultado pactado. Pero sí que puede hacerlo si el acreedor de la obra le proporciona nuevos materiales, debiendo entonces entenderse que subsiste el deber de ejecutar la obra, al igual que subsiste para el contratista que aporta el material.

Todo ello significa que, de hecho, es el comitente el que decide, bastándole, si todavía le interesa el resultado, con suministrar nuevos materiales para la obra. Subsiste, además, su obligación de pago del precio, pero siempre a cambio del resultado, nunca por el trabajo frustrado. Si al comitente no le interesa ya la obra le basta con abstenerse de procurar nuevos materiales (ya se ha dicho que ningún precepto le obliga a ello, a cambio de lo que ocurre respecto del contratista). Es entonces cuando la obligación del contratista de obtener el resultado se extingue por imposibilidad sobrevenida fortuita (arts. 1182 y 1183) y se decide el destino de la obligación principal a cargo del otro contratante en base a lo preceptuado en el art. 1590, el cual establece como regla que el contratista no puede reclamar ningún estipendio y como excepciones la mora en la recepción de la obra y el hecho de haber provenido la destrucción de la mala calidad de los materiales, si advirtió oportunamente al dueño dicha circunstancia.

Las soluciones del Código parecen estar pensadas para la pérdida total. Veamos lo que ocurre si la pérdida es parcial. También entonces está en manos del comitente evitar la imposibilidad liberatoria para el deudor. Ahora bien, si no proporciona nuevos materiales para la construcción, no puede, sin embargo, rechazar la obra realizada alegando que no coincide con la pactada y tendrá, lógicamente, que satisfacer el precio que corresponda a la parte efectivamente realizada. De lo contrario quedaría a su arbitrio el hacer recaer sobre el contratista todos los perjuicios del caso fortuito. Por la misma razón no puede pedir la resolución del contrato, ni siquiera cuando se haya perdido una parte importante de la obra, pues entonces sufriría el contratista la pérdida del

trabajo ya realizado al que sin embargo no le ha afectado el fortuito. El argumento en que apoyar esta solución lo encontramos en el art. 1595. Declara éste rescindido el contrato por la muerte del contratista cuando se le había encargado la obra por razón de sus cualidades personales, si bien se le impone al propietario la obligación de abonar a los herederos del constructor el valor de la parte de obra ejecutada, en proporción al precio convenido. «*Lo mismo se entenderá —dice el pfo. 3.º— si el que contrató la obra no puede acabarla por causa independiente de su voluntad*» (91).

Lo peculiar de la resolución de que trata el art. 1595 es que no se refiere a la parte de obra ya ejecutada, sino a la pendiente de realizar. Lo que ya se hubiera cumplido de la prestación del constructor se mantiene y debe retribuirse en proporción al precio estipulado. El comitente no puede rechazar la obra inconclusa (92). Ello quiere decir que en esta modalidad contractual el acreedor no puede elegir, si se produce una imposibilidad parcial, entre resolver la relación obligatoria sinagmática u optar por su continuación con la proporcional reducción de la contraprestación, solución que se propugna en general para la hipótesis de la imposibilidad sobrevenida parcial (93).

No es sólo al comitente a quien le está vetada la resolución (total) del contrato, sino también al contratista. Si recibe nuevos materiales para la obra, no cabe la resolución pero porque faltará uno de sus presupuestos: el incumplimiento inimputable, pero ¿y si no los recibe?. Creo que la resolución que entonces debe de tener lugar es la del art. 1595. No parece sostenible que el contratista pueda resolver totalmente el contrato pues con ello privaría a su acreedor de recibir la parte de obra ya ejecutada. No olvidemos que el dueño no está obligado a procurar nuevos materiales y que en consecuencia aunque no lo haga su conducta es tan irreprochable como la del constructor. No por el hecho de haberse decidido a recibir tan sólo la parte de obra realizada puede verse expuesto a verse privado de ella. Esta es la solución que acoge el art. 1672 del Código italiano. En realidad, como dice DE MARTINO, teniendo en cuenta la naturaleza indivisible de la obligación del constructor, el incumplimiento parcial debería de equipararse al incumplimiento total, pero dado que la falta de ejecución integral de la obra no es imputable a ninguna de las partes, se admite que el comitente esté obligado a pagar la parte de obra ejecutada, atemperándose así el rigor del principio de indivisibilidad. (94)

(91) Entiende nuestra actual doctrina (LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios...», Tomo XX, 2.º, p. 436 y SALVADOR CODERCH: «Comentario...», T.II, p. 1205) que las causas del pfo. final del artículo no han de recaer necesariamente sobre la persona del contratista.

(92) SÁNCHEZ FONTANS: «El contrato...», p. 81.

(93) DíEZ-PICAZO: «Fundamentos...», Tomo I, vol. 2.º, p. 657.

(94) VITALI: «Dell'appalto» en Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da Vittorio de Martino, Roma 1973, p. 515.

En conclusión, nuestro Código dedica dos artículos a la destrucción fortuita de la obra antes de ser recibida por el comitente: el 1589 y el 1590. En el primero de ellos me baso para sostener que no es causa de liberación para el deudor si el contratista se obligó a aportar el material; el segundo niega el derecho del acreedor a recibir la contraprestación (el precio de la obra) en aquellos casos en que se haya extinguido la obligación de ejecutar la obra, lo que sólo es posible, según el sistema del Código, cuando es el comitente el que aporta el material. El art. 1589 se aplica sólo a la destrucción de la obra, no a otros supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, para determinar la existencia de los cuales habrá que estar al régimen general. La solución del art. 1590 rige siempre que se produzca la liberación del contratista. Cuando esto ocurra el comitente queda a su vez liberado de la obligación de pago del precio (si la destrucción es total) o bien esta se reduce en proporción a la parte de obra ejecutada, en base al art. 1595.

VII. CONTRATO DE SOCIEDAD: ARTS. 1687 y 1701

Siendo la sociedad, como el arrendamiento, un contrato consensual (art. 1679) y de tracto sucesivo, la problemática de la pérdida de la cosa debida va a presentar caracteres análogos en ambos. En el contrato de sociedad, la pérdida de la cosa objeto de aportación puede ocasionar, según el momento en que se produzca (antes o después de que el socio la haya entregado) el incumplimiento de dos distintas obligaciones: la del socio de aportar lo prometido (art. 1681) y la de la sociedad de restituir al socio su aportación cuando se disuelva la sociedad.

Antes de analizar de qué forma incide sobre la relación contractual la imposibilidad sobrevenida de cada una de esas obligaciones, es preciso ver si dicha imposibilidad se produce conforme a las normas generales o si hay alguna norma especial al respecto.

El socio se libera de la obligación de aportar por imposibilidad sobrevenida cuando, consistiendo en la entrega de una cosa determinada, tanto si lo es para transmitir su propiedad como para ceder su uso, se pierde ésta por una causa que no le es imputable. Es el régimen general de los arts. 1182, 1183 y concordantes del Código (95). No hay en este punto ninguna especialidad, pues el art. 1687 sólo considera el caso de las aportaciones ya realizadas (96). Es más que razonable la solución propuesta por SOTO NIETO de atribuir el riesgo a la sociedad desde la perfección del contrato en base a la similitud, cuando se aporta la

(95) ESPIN: «Manual de Derecho Civil Español», vol. III, 3.^a edición, Madrid 1970, p. 583; PAZ-ARES: Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II, p. 1429.

(96) En este sentido, PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho Civil», II, 2.^o, 2.^a edición, Barcelona 1982, p. 503.

propiedad de una cosa, entre el socio y el comprador, al que el art. 1452 impone el riesgo antes de la entrega. Pero, aparte de la excepcionalidad de esta norma, el art. 1701, pfo. 1.º, disipa cualquier duda al proclamar como efecto del perecimiento de la cosa previa a la entrega, la disolución de la sociedad, pues si bien es cierto que extinción de la obligación y extinción de la sociedad son cosas distintas, es obvio que esto último implica por fuerza aquello (97). También la aportación de industria puede, obviamente, hacerse imposible de manera sobrevenida. Independientemente de la incidencia que ello tenga sobre el conjunto de la relación contractual, el socio queda liberado de su obligación de aportar si la imposibilidad no le es imputable (art. 1184).

En cuanto a la obligación, a cargo de la sociedad, de restituir al socio la cosa específica aportada, se extingue cuando la pérdida de ésta no es imputable a la sociedad, siempre y cuando se trate de una restitución *in natura*, porque si lo que la sociedad tiene que restituir en fase de liquidación es otro tanto de la misma especie y calidad de lo aportado (como cuando la aportación es pecuniaria), el riesgo es de la sociedad, en el sentido de que no se libera de dicha obligación por el hecho de que se hayan perdido o deteriorado, aún fortuitamente, las cosas concretas que recibió del socio aportante. Entiendo que este es el significado del art. 1687, en el cual, por lo tanto se habla de «riesgo» en el mismo sentido en que lo hace nuestra doctrina a propósito de la regla consagrada en el 1182. Este, al proclamar la liberación del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación está atribuyendo el «riesgo» al acreedor, que es quien no va a ver satisfecho su interés. Y lo mismo hace el párrafo primero del art. 1687 al atribuir al socio propietario (acreedor de la restitución *in natura*) «*el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos*», regla general respecto de la cual constituyen excepciones los casos mencionados en el párrafo segundo.

No es ésta la interpretación tradicional del precepto, pero si se aborda sin prejuicios, es perfectamente razonable y apta para obviar los inconvenientes de aquélla, que nunca resultó plenamente satisfactoria. El objetivo del art. 1687 de nuestro Código Civil es, según opinión unánime (98), decidir quien ha de pechar, al término de la sociedad, con la pérdida, deterioro o aumento de valor de las cosas aportadas, si el socio aportante o la sociedad, pero partiendo de la idea de que ésta tiene que restituir **todas** las aportaciones recibidas. Se comprende así que se in-

(97) CAPILLA RONCERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XXI, vol. 1.º, Madrid 1986, p. 620.

(98) BLANCO («Curso...», p. 104); CAPILLA («Comentarios...», T. XXI, 2.º, p. 317); DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS («Sistema de Derecho Civil», vol. II, 6.ª edición, Madrid 1989, p. 524); MANRESA («Comentarios...», T. XI, p. 341); PAZ-ARES («Comentario...», p. 1429); PUIG BRUTAU («Fundamentos...», tomo II, vol. 2.º, p. 503; SOTO NIETO («El caso...», p. 290).

terprete que atribuir el riesgo a la sociedad signifique que en las operaciones de liquidación el socio aportante tenga derecho en todo caso a recuperar el bien (99) sin quedar perjudicado por su pérdida o deterioro; y que hacer recaer el riesgo sobre el socio implique, por el contrario, que a éste se le restituirán las cosas aportadas en el estado que tengan al tiempo de su devolución. Esto último es lo que dispone el párrafo 1.º respecto de las aportaciones *quoad usum* de cosas no fungibles. No hay previsión expresa para las aportaciones *quoad dominium*, pero se deduce a sensu contrario del mismo párrafo: el riesgo será entonces de la sociedad. También será de la sociedad, por disposición expresa del pfo. 2.º: «*si las cosas aportadas son fungibles o no pueden guardarse sin que se deterioren o si se aportaron para ser vendidas o cuando se trate de cosas aportadas con estimación hecha en el inventario*». La razón de ello, según opinión generalizada, es que en tales casos se ha transmitido la propiedad de las cosas y el legislador no hace otra cosa, en relación con el riesgo de la aportación, que consagrar el principio *res perit domino* (100).

La diferencia esencial entre la tesis mayoritaria —que acabo de resumir— y la aquí adoptada, es el punto de partida. Que el 1687 regula el *periculum rei* («*El riesgo de las cosas ciertas y determinadas...*», comienza diciendo la norma) y no el riesgo contractual o *periculum obligationis*, no ofrece duda, y que se refiere únicamente al riesgo de las cosas después de la aportación, tampoco. **Pero lo hace sólo en relación con la obligación de restituir** a cargo de la sociedad en el momento de su liquidación. El precepto no se ocupa de establecer cuándo existe la obligación de restitución y cuándo no, como parece entenderse entre nosotros, sino que lo presupone. Está tan sólo referido a aquellas aportaciones que, una vez recibidas por la sociedad, originan a su cargo una deuda de restitución que deberá de cumplirse cuando finalice el contrato, esto es a las aportaciones *quoad usum*. De ahí el silencio del artículo respecto de las aportaciones *quoad dominium*, que había llamado la atención de BATLLE VAZQUEZ (101).

Prescindiendo de la oscura categoría de aportación *quoad sortem*, se clasifican las aportaciones sociales en aportaciones a título de propiedad (*quoad dominium*) y aportaciones a título de uso (*quoad usum*) (102). Las primeras transmiten a la sociedad la titularidad plena del derecho que se aporta. Si se trata de cosas se transfiere su propiedad y pasan a

(99) O su valor, sobre este punto no hay acuerdo.

(100) ALBÁCAR Y ALBIEZ: Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, p. 231. CAPILLA: «Comentarios...», p. 320; PAZ-ARES: Comentario..., p. 1430.

(101) MUCIUS SCAEVOVA: Código Civil. Tomo XXV, vol. 2.º, Madrid 1948, p. 85.

(102) Sobre los distintos tipos de aportaciones y sobre éstas en general, ampliamente CAPILLA RONCERO: «La sociedad civil», Bolonia 1984, p. 36 y ss.

formar parte del patrimonio social (103). No puede, pues, hablarse de un derecho del socio a recuperar en especie lo aportado (104) y, dudosamente, de un derecho a recuperar su valor (105). Como dice BORDA a propósito del Código argentino (art. 1702 y concordantes), en el que ésta cuestión está muy clara, si a la liquidación de la sociedad todavía subsistieran total o parcialmente los bienes aportados en propiedad, no podrá exigir su restitución el socio que los aportó. Este tiene sólo un derecho personal para exigir la porción del capital social que le corresponde en la sociedad, pero no un derecho real sobre los bienes aportados (106). También en nuestro Código hay base para sostener que al finalizar la sociedad el capital social será distribuido entre los socios, salvo el que lo sea de industria, en proporción a sus aportaciones (107). Me refiero al art. 1708 cuando preceptúa que «*Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados*» y no sólo porque en él se hable de «*parte de los bienes aportados*», sino porque la norma sería innecesaria si fuese cierto que en fase de liquidación se debería adjudicar a cada socio exactamente el bien aportado (o su valor caso de pérdida) al ser claro que el socio de industria no ha aportado un bien material.

Mediante las aportaciones a título de uso únicamente se cede a la sociedad el goce de las cosas aportadas, pero el socio que las realiza conserva la propiedad de las mismas. Consecuencia inmediata de ello es su derecho a recuperarlas idénticamente. Cuando esta restitución deviene imposible de manera fortuita, la sociedad queda liberada de dicha obligación o, lo que es lo mismo, aunque con términos poco exactos, el riesgo es del socio propietario. Lo establece así el pfo. 1.º del art. 1687, que vendría a coincidir con el parágrafo 732 del BGB, que tras afirmar que los objetos que un socio ha cedido a la sociedad para su aprovechamiento han de restituírsele, añade que el socio no puede exigir indemnización por un objeto perdido o menoscabado por caso fortuito. Cuestión distinta es la del estado en que debe devolverse la cosa, que propiamente no aborda ese precepto, pero que debe de ser resuelta, habida cuenta de la analogía existente entre las aportaciones *quoad usum*

(103) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, T. II, vol. 2.º, p. 695.

(104) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, II, 2.º, p. 741.

(105) Esta es la postura de LACRUZ BERDEJO: «Elementos...» II, 3.º, p. 428.

(106) «Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos». Tomo II, 2.ª edición, Buenos Aires 1969, p. 232.

(107) Nos recuerda PAZ-ARES, en su magnífico comentario al art. 1687, que la cifra que arroja la liquidación del patrimonio social viene formada por dos magnitudes que se reparten de modo distinto: el capital (valor conjunto de las aportaciones) que se distribuye de acuerdo con el valor aportado por cada socio y el resultado (pérdidas o ganancias) que se distribuye de conformidad con lo prevenido en el contrato o en la ley» («Comentario...», Tomo II, p. 1429).

y el arrendamiento, mediante la aplicación del art. 1561, a cuyo tenor el arrendatario, al concluir el arriendo, debe devolver la cosa arrendada «*tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable*» (108).

Lo anterior es para la hipótesis de que las cosas aportadas en uso no se consuman mediante su utilización, mas es claro que también son susceptibles de este título de aportación cosas que se consumen por el uso. Lo que la sociedad entonces habrá de restituir es otro tanto de la misma especie y calidad (109). Respecto de esta deuda de restitución del *tantumdem* no puede tener lugar la imposibilidad liberatoria para la sociedad. Este es el sentido del pfo. 2.º del 1687 cuando dice que «*el riesgo es de la sociedad*».

Cuatro supuestos distintos recoge este párrafo segundo. En cuanto al primero, el de las cosas fungibles, es fácil comprender por qué es la sociedad la que sufre el riesgo. Cosas fungibles son aquí aquéllas que no pueden usarse sin consumirse (caso del dinero); estrictamente no es, pues, concebible que sólo se aporte su uso y no su propiedad. Pero cuando las partes, a pesar de ello, las hacen objeto de una aportación de este tipo, lo que en realidad están acordando es que cuando se liquide la sociedad se reintegre al socio aportante el *tantumdem*, igual que si de un préstamo se tratara (110). Lo mismo puede decirse en relación con las cosas que no pueden guardarse sin que se deterioren. La explicación es distinta respecto de las cosas que se aportaron para ser vendidas: el uso pactado (la venta) determina la desaparición del bien del patrimonio social; no pudo por ello convenirse la restitución del mismo bien entregado, sino del precio de la venta. Suele por eso decirse que en realidad el socio aporta el precio de las cosas que han de ser vendidas (111).

Se llega así al último caso del pfo. 2.º del 1687, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, que presenta algunas diferencias con los anteriores. Se trata ahora de cosas determinadas que, por lo tanto, la sociedad tendrá que restituir *in natura*. Pero si se pierden fortuitamente, la sociedad, excepcionalmente, no queda liberada, debiendo satisfacer al socio aportante el precio en que fueron tasadas. El legislador agrava así, mediante una norma dispositiva, la responsabilidad de la sociedad, como agrava también en idéntico caso la del

(108) El art. 1706 del Código Argentino consagra expresamente esta solución para la sociedad. Dice así: «Si la prestación fuere del uso o goce de los bienes, el socio que la hubiese hecho continuará siendo propietario de ellos, y es de su cuenta la pérdida total o parcial de tales bienes cuando no fuese imputable a la sociedad o a alguno de los socios; y disuelta la sociedad podrá exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren».

(109) MUCIUS SCAEVOLA: «Código Civil», tomo XXV, p. 85.

(110) Sobre esto, BORDA: «Tratado...», Tomo II, p. 232.

(111) En contra, CAPILLA: «Comentarios...», T. XXI, 1.º, p. 329.

comodatario, según resulta del art. 1745. La *ratio* de ambas disposiciones es la misma y así lo advirtió GARCÍA GOYENA (112) con un comentario del que prescinden los autores y que carece de sentido desde la explicación mayoritaria (113) de este caso, consistente en entender que a falta de pacto especial en contrario, la estimación causa venta (114). No siempre es así y muchos autores lo reconocen. Como advierte ESPIN, la estimación puede obedecer a diversas finalidades, como la simple restitución del valor (115).

Pienso que con la anterior forma de entender el art. 1687 quedan superados los inconvenientes que se derivan del significado que tradicionalmente se le ha atribuido. El problema, todo hay que decirlo, es el de los argumentos en que apoyarlo, imprescindibles cuando se propone una interpretación novedosa. Al margen de algunas razones ya mencionadas (como la de que de esta manera se explica el silencio del artículo respecto de las aportaciones en propiedad), el argumento decisivo lo encontramos en las ideas de POTHIER, que el Código francés y luego el nuestro respetaron plenamente en este punto.

Dentro del Tratado de la sociedad se ocupa POTHIER de los riesgos en tres lugares distintos: dentro de las clases de sociedades, a propósito de las obligaciones respectivas de los socios y, por último, en el n.º 126 del capítulo VIII, pero aquí sólo se ocupa de aquéllos que pueden afectar a una aportación de goce que la sociedad debe devolver porque se va a disolver o por otra causa cualquiera. Y aquí precisamente se contienen, según REY PORTOLES (116), los antecedentes literales del actual art. 1687.

Una vez establecido en qué casos se extinguen por imposibilidad sobrevenida la obligación de aportar del socio y la de restituir a cargo

(112) Véase su comentario al art. 1581 y 1636 del Proyecto de 1851.

(113) BOURBEAU: «Théorie des risques et perils dans les obligations», Poitiers 1865, p. 203; GIORGI: «Teoría de las obligaciones», vol. IV, traducción de la 2.ª edición, Madrid 1977, p. 274; LAURENT: «Principes...», Tome XXVI, p. 289; MANRESA: «Código...», tomo XI, p. 343.

(114) En la S. de 20 de julio de 1989 (RA 5766) el Tribunal Supremo aplicó el art. 1687, pfo. 2.º, para hacer recaer sobre la sociedad el riesgo de una aportación de ganado hecha con tasación, explicando la norma de esta manera: «En los supuestos en que dicho precepto hace correr el riesgo por parte de la sociedad es porque a ésta se le ha transferido la propiedad de las cosas, según el principio «res domino suo perit», y este es, en definitiva, el criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala de apelación al entender correctamente que en tales casos el usufructo recae, no sobre las cosas mismas que se entregan, sino sobre la suma representativa de su valor estimado (cuasi usufructo), debiendo por ello ser rechazados ambos motivos».

(115) «Manual...», vol. III, p. 584. En el mismo sentido, BATLLE VÁZQUEZ en Código Civil citado, tomo XXV, p. 86.

(116) No me ha sido posible consultar el Tratado de la sociedad de Pothier; en consecuencia me atengo en esta cuestión a la información proporcionada por REY PORTOLES en su trabajo «El art. 1701 del Código Civil. La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil» en ADC 1975, p. 925, nota 81.

de la sociedad, puede ya afrontarse la cuestión de la incidencia que ello tiene sobre el conjunto de la relación social. Aborda esta cuestión el art. 1701 del Código, en el cual se diferencian varios supuestos. De él se deduce que en nada afecta a la vida de la sociedad la pérdida de la cosa cuya propiedad ya se le había transmitido, de la misma forma que tampoco incide sobre el contrato de compraventa la pérdida fortuita de la cosa vendida en poder del comprador. Sin embargo, cuando se trate de cosas de las que el aportante conserve la propiedad, su pérdida produce la disolución de la sociedad, tanto si ya se había efectuado la entrega (pfo. 2.º) como si no (pfo. 1.º). También en materia de arrendamiento se establece en nuestro Derecho una misma consecuencia para la pérdida de la cosa arrendada, con independencia de que se haya o no entregado al arrendatario, pues a éste no se le transfiere su propiedad (117).

El artículo contempla solamente la pérdida fortuita de la cosa específica que el socio se ha obligado a aportar a la sociedad o de la cosa ya efectivamente aportada *quoad usum* que es jurídicamente considerada como específica por el hecho de haber sido ya entregada. Aunque la opinión no es unánime (118), comparto la de PAZ-ARES (119) y CAPILLA (120) de que, aunque el precepto no distingue, la disolución se ordena sólo para la pérdida fortuita del bien aportado o que se debe a la sociedad. Los argumentos esgrimidos por este último resultan convincentes: «el supuesto general de incumplimiento del deber de aportar en relación con la posible disolución de la sociedad se encuentra recogido, junto con el incumplimiento de otros posibles deberes del socio, en el art. 1707, en el cual se comprenden tanto los supuestos de pérdida culpable como aquéllos otros en los que la pérdida es por caso fortuito o fuerza mayor». También la *ratio* de la norma aboga en ese sentido. La extinción del contrato de sociedad no se establece en atención a que la imposibilidad de realizar una aportación (o de mantenerla si era a título de uso) haga imposible la consecución del fin social, pues esto último constituye una causa de disolución distinta, recogida en el n.º 2 del art. 1700 (121). Es opinión generalizada la de que es el carácter esencial de la aportación la razón por la cual se dispone que la imposibilidad sobrevinida de la aportación de un socio determina, automáticamente, el fin de la sociedad. Sostuvo POTHIER que siendo de

(117) Véase en este trabajo, el comentario al art. 1568.

(118) No la comparte LACRUZ: «Elementos...», II, 3.º, p. 425.

(119) «Comentario...», T.II, p. 1496.

(120) «Comentarios...», t. XXI, vol. 1.º, p. 620.

(121) Existe, no obstante, una corriente doctrinal (ALBÁCAR Y ALBIEZ: «Comentario...», Tomo VI, p. 260; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema...», p. 532) según la cual el art. 1701 es desarrollo del n.º 2 del art. 1700. Pero REY PORTOLES demuestra, en su documentado trabajo sobre aquél, («El art. 1701 ...», p. 903 y ss.) que no es así.

esencia de la sociedad que cada uno de los socios contribuya a ella, no puede ya haber sociedad cuando uno de los socios no tiene con qué contribuir (122), afirmación que, se estime o no errónea, parece inspirar el artículo 1701 de nuestro Código civil. Y si esta es la *ratio* de la norma, no hay más remedio que limitarla a los casos de pérdida fortuita porque si es imputable al socio aportante, tendrá éste que satisfacer el equivalente y faltará el presupuesto de la falta de aportación. Distinta es la facultad de los restantes socios de instar la disolución de la sociedad que, sin duda alguna, les asiste en este caso.

Sin negar que, en último término, sea el carácter esencial de la aportación el fundamento de la radical consecuencia jurídica prevista por el artículo 1701, hay otra razón más concreta en la que fundarla: si continuase la sociedad pese a quedar liberado un socio de su deuda (la aportación devenida imposible) frente a la sociedad, quedaría roto en todo caso el equilibrio inicial entre lo que se había previsto que dicho socio iba a dar y a recibir de la sociedad. Por eso se proclama extinguida la sociedad, aún cuando el fin social sea posible y aún cuando el socio liberado de la aportación imposible continúe siendo deudor de la sociedad de una aportación distinta, pendiente o no de cumplimiento.

En materia de distribución de pérdidas y ganancias rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad, con el único límite derivado del art. 1691. Pero el Código supone que la participación que se asigna a cada socio en beneficios **está en función** de lo que se obliga a aportar a la sociedad. Esta es la razón por la que señala como criterio para establecerlos, a falta de pacto, el de la proporcionalidad (art. 1689, pfo. 2.º). Por ello, si pese a quedar liberado un socio de una aportación concreta, continuase la sociedad funcionando en los términos inicialmente convenidos, la participación en pérdidas y ganancias acordada para dicho socio no guardaría ya la debida relación con la aportación; se estarían atribuyendo pérdidas o ganancias como contrapartida de una aportación inexistente.

Es evidente que los socios, en el momento de pactar la participación en los resultados, pueden tener en cuenta otros aspectos (es posible, por ejemplo, que haya un cierto ánimo de liberalidad respecto de alguno de los socios (123)), pero el legislador entiende, y ello es lógico pues así ocurre normalmente, que se ha atendido a la aportaciones convenidas. En cierto modo, al asignarse los porcentajes de participación en pérdidas y ganancias, se ha atribuido un valor a las aportaciones de los socios, en función de circunstancias no estrictamente económicas, sino de otras como pueden ser la importancia que cada una reviste en el conjunto de la relación social, que sea o no imprescindible para la consecución del fin, etc.

(122) Cita de REY PORTOLÉS, p. 925.

(123) En este sentido, CAPILLA: «La sociedad...», p. 199.

El punto de partida del Código alemán es distinto. En él se prescindió totalmente de cualquier relación entre participación en resultados y aportación. Es claro al respecto el texto del parágrafo 722, a cuyo tenor «*Si las cuotas de los socios en las ganancias y pérdidas no están determinadas, cada socio tiene, sin consideración a la clase y cuantía de su aportación, una cuota igual en las ganancias y pérdidas*». Se establece que, ante la falta de disposición de los particulares, el criterio de distribución es por cabezas y no proporcional como en los códigos que siguieron el patrón napoleónico, lo que quiere decir que se entiende que aportación y cuota en beneficios discurren por caminos separados. Coherentemente con ello no incluye el BGB ningún precepto en el que se señale como efecto de la imposibilidad sobrevenida del deber de aportar, la disolución de la sociedad, ni tampoco la exclusión del socio. Salvo que los socios hagan uso de la facultad de denuncia que se les concede para el caso de que se haga imposible el incumplimiento de la obligación de un socio (& 723) o que sea ya imposible la consecución del fin social (& 726), la sociedad subsiste. En lo que no hay acuerdo entre los autores alemanes es en la repercusión que tiene sobre la relación social la imposibilidad liberatoria (se discute si los restantes socios pueden reducir en la misma proporción sus aportaciones o si disminuye la cuota de ganancia del socio liberado. Está claro, no obstante, en base al & 707 que no está obligado a aportar otro objeto para sustituir al perecido o menoscabado).

Volviendo a nuestro Código, no está claro si para aplicar el art. 1701 basta con que se produzca la pérdida inimputable de la cosa objeto de una aportación *quoad usum* o si es necesario que la imposibilidad afecte a todo lo que el deudor debía a la sociedad. Esto último es lo que parecen entender nuestros autores y ello es lógico, puesto que sostienen que la razón de la norma es que sin aportación no hay sociedad; luego si subsisten (satisfechas ya o no) otras aportaciones a cargo del mismo socio, habría que entender que la disolución no se produce. Sin embargo, la interpretación literal del artículo apunta en sentido contrario y si a ello añadimos que la razón de ser de la norma es que la falta de una aportación supone la ruptura del equilibrio establecido al celebrarse el contrato, parece lo exacto sostener que la pérdida de cualquier aportación *quoad usum* implica para el Código la disolución de la sociedad, porque mediante ella se destruye la equivalencia entre aportación y cuota de resultados, con independencia de que subsistan o no otras deudas a cargo del mismo socio.

Se pudo optar por restablecer dicho equilibrio por otros medios menos drásticos que la extinción del contrato, como la reducción de la participación en beneficios en proporción a la aportación fallida, siempre, claro está, que continúe siendo posible la consecución del fin social (de lo contrario se aplicaría como causa de extinción la del n.º 2 del art. 1700). De la misma forma que en la compraventa o el arrendamiento el precio se reduce, siempre que el contrato siga interesando al acreedor de la cosa, cuando ésta se deteriora parcialmente, podría pen-

sarse que esta solución, más acorde con el principio de conservación del negocio, es también adecuada para el caso planteado.

Y tampoco es imprescindible, para restablecer el equilibrio en los casos en que se hace imposible la total aportación de un socio, ordenar la extinción de la sociedad, siendo suficiente con excluir a éste de la relación contractual, como hace hoy el Código italiano (art. 2286) y propugna en nuestro país, fundamentalmente, REY PORTOLLES (124).

En cuanto a la consecuencia jurídica del art. 1701, es claro que la pérdida fortuita de la cosa objeto de la aportación *quoad dominium* antes de la entrega y de la aportación *quoad usum* en cualquier momento, origina la disolución de la sociedad. Pero advierte CAPILLA que el automatismo no significa que sin tránsito alguno y si ningún socio la insta, deba entenderse disuelta la sociedad, pues se trata de la protección de intereses particulares en los que los tribunales no pueden entrar de oficio y nadie mejor que los propios interesados para decidir la puesta en marcha del mecanismo disolutorio (125). Se suma por eso a la opinión de los que entienden que la disolución tiene que ser instada por los demás socios. Pero ello plantea el problema de las relaciones y diferencias entre el art. 1701 y 1707 que quedan definitivamente aclaradas desde la perspectiva de PAZ-ARES. Para este, ambos preceptos no se solapan, sino que se complementan; cada uno regula una materia distinta: el primero, la distribución de riesgos, el segundo, la disolución. Se puede así llegar a la conclusión de que la forma de extinguirse el contrato de sociedad por imposibilidad sobrevenida no difiere de la manera de extinguirse por la misma causa los contratos sinalagmáticos (resolución ex art. 1124 y por tanto, no automática). No obstante, la utilidad del art. 1701 en cuanto norma sobre riesgos, es obvia. Aparte de que, como señala este autor (126), en base a él es indiscutible el derecho de cualquier socio a provocar la disolución de la sociedad mediante denuncia unilateral, y de que priva al socio del derecho a reclamar la cuota de liquidación, posee la indudable utilidad de resolver en sentido negativo la duda acerca de si, producida la pérdida de lo aportado a la sociedad sólo para su uso, estaría o no obligado el socio a realizar una nueva aportación de iguales características, lo que de modo expreso resuelve el art. 1710 del Código argentino y el 707 del BGB.

Aparentemente no decide el art. 1701 la cuestión de si el socio causante de la disolución participa o no en las ganancias y pérdidas de la sociedad, pero desde el momento en que se considera una norma sobre riesgos, la respuesta a este interrogante es clara. Si el precepto declara la disolución de la sociedad por entender que sólo si hay aportación se

(124) «El art. 1701...», p. 975.

(125) «Comentarios...», T. XXI, vol. 1.º, p. 625.

(126) «Comentario...», Tomo II, p. 1497.

tiene derecho a la participación en las ganancias, no hay más remedio que entender que éstas no le corresponden al socio que no aportó. Se hace preciso, no obstante, distinguir varias hipótesis:

En el caso del párrafo primero (pérdida de cosa específica que se debía transmitir a la sociedad, ocurrida antes de la entrega) la situación del socio deudor de la misma en la liquidación de la sociedad, sería la siguiente: no tiene derecho a participar ni en el capital ni en los resultados si la aportación frustrada era la única a su cargo. En caso contrario, su participación deberá de reducirse, quedando limitada a la que le corresponda por las aportaciones efectivamente realizadas. La razón de ello es que tanto la participación en capital como en resultados tienen su causa en la aportación. Se tiene derecho a ella sólo si se ha aportado y en la medida en que se ha hecho. En favor de ello, los términos del pfo. 2.º del art. 1689 («*A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado*»).

Dentro del párrafo segundo hay que distinguir dos supuestos:

— Si la cosa que se debía entregar para su uso se pierde antes de la entrega, no tiene derecho el socio a exigir de la sociedad el valor de la misma porque no ha nacido, al no haberse efectuado la entrega, deuda alguna de restitución a cargo de aquélla. Tampoco tiene, por las razones antes expuestas, derecho a participar en las ganancias, siempre sin perjuicio de que éste y la participación en capital le corresponda si realizó otras aportaciones.

— Si la cosa aportada *quoad usum* se pierde fortuitamente, la posición del socio en el momento de la liquidación de la sociedad es la siguiente: pierde su derecho a recuperar lo aportado en base al art. 1687, 1.º, sin perjuicio de su derecho a participar en el capital si ha realizado otras aportaciones. Y participa en las ganancias conforme a lo pactado, porque éstas son la contrapartida de su aportación, con la que efectivamente ha cumplido hasta entonces.

IX. MENCIÓN DE OTROS PRECEPTOS SOBRE LA PERDIDA FORTUITA

Aunque los hasta ahora tratados son, de los artículos que contemplan la pérdida fortuita de la cosa debida, los que mayor interés revisiten, no sólo porque establecen efectos peculiares, sino también porque su significado es oscuro y tradicionalmente discutido, no se pueden dejar de mencionar otros igualmente referidos a ella. Me refiero al 1744 y 1745 sobre el comodato, 1766 y 1777 relativos a la pérdida de la cosa depositada y 1896 y 1897 sobre la pérdida y menoscabos de la cosa objeto de un pago indebido.

Los arts. 1744 y 1745 agravan la responsabilidad del comodatario. Este responderá de la pérdida -aún fortuita- de la cosa prestada si la destina a un uso distinto de aquél para el que se prestó o la conserva en su poder por más tiempo del convenido y cuando la cosa se entregó con tasación. En el caso del primero de los preceptos la agravación de responsabilidad descansa en la conducta del comodatario, quien está traicionando la confianza que en él puso el comodante al cederle gratuitamente el uso de la cosa. En cambio, en la hipótesis del art. 1745 hay una presunción de la voluntad de los contratantes, entendiéndose que la tasación es indicativa de un acuerdo de ellos en base al cual asume el comodatario los riesgos de la pérdida de la cosa. El contenido de la obligación parece, además, distinto en un caso y en otro: mientras que el 1744 se limita a declarar al comodatario responsable de la pérdida (habrá en consecuencia que entender que responde conforme a las reglas generales), el 1745 lo hace responder sólo del precio.

En suma, ambos artículos recogen casos en los que el deudor no queda liberado pese a la pérdida fortuita de la cosa que debía restituir al otro contratante. No se produce la extinción liberatoria, lo mismo que no se produce cuando el deudor está en mora o cuando se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos sujetos distintos (arts. 1182 y 1096), si bien la responsabilidad del deudor queda limitada en el caso del art. 1745 al precio de la cosa, no rigiéndose, pues, por las reglas generales de los arts. 1101 y siguientes.

Por el contrario, la responsabilidad del depositario queda plenamente sometida a las reglas generales según expresamente ordena el art. 1766, lo que quiere decir que no se deroga para este caso la regla del 1182. Paralelamente al 1186, el 1777 impone al depositario la obligación de entregar al depositante la cosa que hubiere recibido en lugar de la cosa depositada perdida por fuerza mayor.

Por último, tratan de la pérdida de la cosa debida los arts. 1896 y 1897. Siempre que una persona recibe de otra un pago indebido se convierte en deudora del que lo realizó. Esa obligación restitutoria tiene distinto alcance en función de la buena o mala fe del *accipiens*, aunque, salvo supuestos excepcionales (los del art. 1899) nace de todas formas (127). Si la cosa recibida era cierta y determinada, deberá de restituirse *in natura*, y si era dinero u otra cosa fungible que se confunde en el patrimonio del *accipiens*, la restitución es del *tantundem*. En este caso los riesgos incumben al *accipiens* en cuanto que siempre tendrá que restituir otra tanto de la misma especie y calidad. No ocurre lo mismo si se produce la pérdida de la cosa específica objeto de la deuda de restitución, aunque las consecuencias de ésta dependen en el régi-

(127) RODRÍGUEZ DEL BARCO: «El pago de lo indebido por error», RDP 1961, p. 816.

men del Código de que el *accipiens* sea de buena o mala fe. En el primer caso «sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiere enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo» (art. 1897). El *accipiens* de buena fe no responde del caso fortuito pues, como dice SANTOS BRIZ, desconoce el carácter indebido de la *datio* (128). Pero ello no quiere decir que se le permita obtener ventajas de la misma. Por eso sólo responderá en la medida en que se hubiese enriquecido, quedando eximido por lo demás. Por contra, no se libera de la restitución por la pérdida fortuita el *accipiens* que lo sea de mala fe; y ello al margen de que se haya enriquecido o no. Se ha dicho en este sentido que la mala fe lleva la *indebitum solutio* al campo del resarcimiento de daños (129).

En conclusión, la regla general de liberación del deudor por la pérdida no imputable de la cosa debida se deroga por el legislador cuando se trata de un *accipiens* de mala fe, salvo que pruebe que hubiese afectado del mismo modo a las cosas hallándose en poder de quien las entregó (art. 1896 *in fine*). La posición de éste es equiparable, en opinión de algunos, a la del deudor moroso.

X. CONCLUSIONES

Lo primero que queda de manifiesto, tras el anterior estudio de las normas que fuera del Título I del Capítulo IV del Libro IV dedica nuestro Código Civil a la pérdida fortuita de la cosa debida, es la diversidad de problemas que resuelven y de soluciones que establecen, con la consiguiente dificultad para llegar a conclusiones generales. Esto es algo que ya comprobaron aquéllos autores que intentaron construir una teoría general sobre el riesgo en las obligaciones (130). Parece que tal tentativa debe de ser olvidada y mucho más aún la de elaborar una construcción doctrinal sobre el riesgo contractual en general, entendido como expresión alusiva al peligro o posibilidad de alteración del equilibrio contractual derivado de la incidencia sobre la economía del

(128) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XXIV, Madrid 1984, p. 83.

(129) BALLARIN HERNÁNDEZ y autores citados por él en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, p. 1958.

(130) BOURBEAU, BLANCO o GIORGI en las obras repetidamente citadas a lo largo de éste trabajo. A la misma sistemática responde en nuestro país el libro de SOTO NIETO «El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación», también reiteradamente citado.

negocio de circunstancias o eventos sobrevenidos (131). Es posible, sin embargo, clasificar las normas relativas a la pérdida fortuita en grupos distintos, en función de los diferentes planos en los que se desenvuelven sus consecuencias, cada uno de los cuales parece estar regido por sus propias reglas.

Un primer grupo es el constituido por los artículos que reiteran la regla general del art. 1182, esto es, que declaran liberado al deudor cuando se pierde fortuitamente la cosa debida. Son, aparte del 1147, el 1122, regla 1.ª, el 1452, pfos 1.º y 2.º, el 1568, 1766 y 1897. Y consagra la regla que a contrario resulta del mismo art. 1182 (es decir, la de que no se libera el deudor de cosa genérica cuando se produce la pérdida antes de la concentración), el art. 1589 en cuanto que declara, según la interpretación aquí defendida, que la destrucción de la obra antes de la entrega no es causa de liberación del deudor si él mismo lo es también del material.

Un segundo grupo es el integrado por aquellos preceptos que, por el contrario, suponen una excepción al art. 1182, estableciendo que, pese al carácter fortuito de la pérdida, el deudor no queda liberado. Se agrava su responsabilidad en atención a circunstancias concretas. Se trata de normas que por su carácter excepcional deben de ser restrictivamente interpretadas. Dentro de éste puede, a su vez, hacerse una distinción entre los casos en que la responsabilidad del deudor se somete a las normas generales de la responsabilidad contractual (art. 1744 y 1896) y aquellos otros en que se limita su alcance y que son el art. 1745, según el cual el comodatario sólo responde del precio en que se tasó la cosa, y el art. 1307 que impone al obligado por la declaración de nulidad la obligación de restituir los frutos percibidos, el valor que la cosa tenía cuando se perdió y los intereses desde la misma fecha (o sea, el mismo contenido que a la deuda de restitución asigna el art. 1303, sólo que sustituyendo la cosa perdida por su valor).

En tercer lugar están las normas sobre *periculum obligationis*, entendiendo por tales las destinadas a decidir, a propósito de las obligaciones bilaterales, si, sobrevenida la imposibilidad fortuita de una prestación, persiste o no el derecho a la contraprestación. Son el párrafo 3.º del art. 1452 (en cuanto que según él subsiste la obligación de pagar el precio pese a extinguirse la del vendedor de entregar la cosa), el art. 1590 (que declara extinguida la obligación del comitente de pagar

(131) Existe hoy una tendencia a utilizar la expresión «riesgo contractual» en un sentido amplio, muy próximo a su significado vulgar. En esta línea se sitúan, entre otros, ALPA: «Rischio contrattuale» en *Contratto e impresa* 1986 y GAVIDIA: «Presuposición y riesgo contractual», *ADC* 1987, fundamentalmente pp. 584 y ss. Otros, como RESCIO («La traslazione del rischio contrattuale nel leasing», *Milano* 1989, p. 5, nota 5) critican el uso omnicomprendivo de la locución «riesgo contractual», que estima peligrosa y que es inútil desde el momento en que se constata, como dice ALPA («Rischio...», p. 630), la «imposibilidad de enunciar principios generales en términos de riesgo».

el precio de la obra pese a haberse liberado el contratista de la obligación de ejecutarla por imposibilidad sobrevenida) y el art. 1701 si se flexibiliza el concepto de *periculum obligationis*, pues la sociedad es dudoso que origine obligaciones sinalagmáticas.

En un lugar distinto habría que situar el art. 1136, destinado, como hemos visto, a disciplinar en las obligaciones alternativas los efectos sobre el derecho de elección de la pérdida anterior a la concentración.

Todas las anteriores vienen siendo consideradas por nuestra doctrina normas sobre «riesgos». Es éste un término ampliamente utilizado: en el campo de las obligaciones bilaterales los autores suelen plantear el tema de los riesgos afirmando que se reduce a decidir la suerte de la contraprestación cuando la obligación de una de las partes deviene imposible por caso fortuito (132); en un sentido totalmente distinto se dice que el riesgo lo soporta el deudor en las obligaciones genéricas para aludir al hecho de que si se pierden las cosas que pensaba destinar al pago, antes de efectuarse éste, deberá de procurarse otras, pertenecientes al mismo género, con las que hacerlo; y se dice que el riesgo lo soporta el deudor moroso o que se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas distintas para aludir al hecho de que en tales casos, aún producida la pérdida sin su culpa, no queda liberado.

Independientemente de que en todas las hipótesis la pérdida fortuita afecte al deudor y que en este sentido pueda afirmarse que sufre el riesgo, desde el punto de vista jurídico las situaciones no son equiparables y, al margen de su resultado económico, entrañan importantes diferencias desde el punto de vista técnico. Con relación a la deuda genérica estamos ante un caso fortuito carente de efectos jurídicos. Mientras la deuda sea genérica (y lo es hasta el momento de la concentración) ningún efecto liberatorio supone para el deudor la pérdida de «lo debido». Esta es la idea que expresa el aforismo «*genus nunquam perit*», que no es en su acepción usual una norma sobre riesgos. Lo único que evidencia, como destaca nuestra actual doctrina (133) es que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no tiene lugar respecto de este tipo de obligaciones y que por ello ni siquiera llega a suscitar el problema del riesgo contractual. Tampoco en el último de los supuestos indicados hay propiamente atribución del riesgo. En los casos con-

(132) ALBALADEJO: «Derecho...» II, 2.º, p. 49; ALCÁNTARA SAMPelayo: «La prestación...», p. 491 y ss; ALONSO PÉREZ: «El riesgo ...», p. 103 y ss; Díez-PICAZO: «Fundamentos...» II, 2.º; PUIG BRUTAU: «Fundamentos ...» I, 2.º, p. 429; BLANCO: «Curso...» I, p. 90; Díez-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: «Sistema...», vol. 2, 6.ª edición, reimpresión de 1990, p. 314; DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 362; ROCA SASTRE: «El riesgo en el contrato de compraventa» en «Estudios de Derecho Privado», vol. I, Madrid 1948, p. 386 y ss; SOTO NIETO: «El caso...», p. 131; CLEMENTE DE DIEGO: «Instituciones de Derecho Civil», tomo II, Madrid 1959, p. 39.

(133) ALBALADEJO: «Derecho...» II, 1.º, p. 49; CAFFARENA: «Genus...» ADC 1982; CRISTÓBAL MONTES: «El incumplimiento de las obligaciones», Madrid 1989, p. 187.

templados por el art. 1096 la imposibilidad es imputable al deudor y el problema es de responsabilidad.

No sólo no están claros los límites entre lo que son normas sobre responsabilidad y lo que son propiamente normas sobre riesgos, sino que tampoco lo están las relaciones de estas últimas con la extinción de la obligación (134) o con el caso fortuito (135). Se deslizan, no obstante, de manera más o menos esporádica, en los trabajos dedicados al tema, algunas afirmaciones de interés (136), pero sigue sin estar claro, por ejemplo, si el problema del *periculum obligationis*, que se distingue nítidamente del *periculum rei* (137), es exclusivo de las obligaciones bilaterales (138) o si, por el contrario, también respecto de las unilaterales cabe hablar de «riesgo contractual», si bien los que así piensan creen en última instancia que el planteamiento es totalmente distinto según que se trate de unas u otras (139).

Este confuso panorama doctrinal sólo puede ser aclarado distinguiendo riesgo y responsabilidad. Aunque todas las normas anteriores son normas sobre riesgos en cuanto que regulan las consecuencias de la pérdida fortuita, carecen de suficientes puntos en común como para que tenga algún sentido hacerlas objeto de un tratamiento unitario. Por el contrario, posee pleno sentido establecer una distinción entre imputación de responsabilidad y atribución del riesgo contractual, habida cuenta de que las consecuencias para los contratantes son radicalmente distintas en un caso y en otro.

Si la prestación pactada deviene imposible antes de su ejecución y el deudor prueba que dicha imposibilidad se produjo sin su culpa, queda liberado de su obligación. De lo contrario, así como en los casos en que la ley ordene otra cosa, es responsable del incumplimiento. Libe-

(134) DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 362.

(135) ALCÁNTARA: «La prestación...», p. 490.

(136) ALCÁNTARA («La prestación...», p. 491) advierte que cuando hay culpa por parte del obligado a entregar una cosa, el concepto de riesgo puede confundirse con el de responsabilidad si se pierde la cosa antes de la entrega; BLANCO («Curso...», tomo I, p. 90) considera que la doctrina de los riesgos tiene que ser estudiada como uno de los efectos característicos de los contratos bilaterales; CAFFARENA («Genus...», p. 303) y DELGADO (en Lacruz y otros: «Elementos de Derecho Civil», II, vol. 1.º, p. 271) afirman que la imposibilidad de la prestación es un estadio previo al problema de los riesgos...

(137) Este último es un concepto extraño al derecho de obligaciones e indica la disminución patrimonial que la cosa supone para su poseedor o propietario: ALONSO («El riesgo...», p. 106); BORJA SORIANO («El caso fortuito...», p. 133); TACELIN («Des obligations», 2.ª edición, Quebec 1986, p. 136).

(138) En favor de ello, BLANCO («Curso...», p. 90), BORJA SORIANO («Teoría...», p. 496); COLIN ET CAPITANT: «Curso elemental de Derecho Civil», 2.ª edición española, T. III, Madrid 1943, p. 749.

(139) ALCÁNTARA: «La prestación...», p. 487; ALONSO: «El riesgo...», p. 99 y ss; CAFFARENA: «Genus...», p. 303; GIORGI: «Teoría de las obligaciones», traducción de la 7.ª edición italiana, vol. IV, Madrid 1911, p. 243.

ración y responsabilidad del deudor son los dos posibles efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Son, claro está, situaciones incompatibles. Cada una está regida por sus propias normas: si el deudor es responsable se aplican, salvo disposición en contrario, las reglas generales sobre responsabilidad contractual; si queda liberado está aún por decidir el destino de la contraprestación. Éste es el problema del riesgo contractual.

De «riesgo contractual» hablamos aquí en sentido restringido, como equivalente al *periculum obligationis*. En su sentido clásico y riguroso el problema del llamado *periculum obligationis* o «riesgo de prestación» consiste en decidir, a propósito de las obligaciones bilaterales, si, sobrevenida la imposibilidad fortuita de una prestación, persiste o no el derecho a la contraprestación. Los presupuestos o premisas del «riesgo contractual» en su sentido clásico son los siguientes:

1.º Extinción de una obligación por imposibilidad sobrevenida: no basta, pues, con que se produzca la imposibilidad de la prestación, sino que es preciso que la misma sea extintiva o, mejor **liberatoria** para el deudor (140).

Según lo anterior, pertenecen a la problemática de los riesgos las hipótesis en que la imposibilidad esté directa y exclusivamente ocasionada por el acreedor, siempre que se trate de una conducta que no entre dentro del campo de previsión y evitabilidad del deudor. Como dice MESSINEO (141), entre los hechos que determinan la imposibilidad de la prestación, sin constituir causa imputable al deudor, debe incluirse el eventual hecho *culposo* del acreedor». Si la pérdida no es imputable al deudor conforme a las reglas existentes al respecto, se extingue su obligación (art. 1182) y decidir el futuro de la contraprestación es un tema de riesgos.

2.º Que la obligación devenida imposible sea sinalagmática, es decir, que tenga una contrapartida. No basta con que se inserte en un contrato bilateral o recíproco, sino que ha de ser, propiamente, una obligación de esta naturaleza. Así, no son normas sobre riesgos las que liberan o hacen responder al deudor de la restitución de la cosa debida si se pierde fortuitamente, en aquellos casos en que la restitución es la forma de poner fin a la relación contractual, pues la obligación de restitución es en ellos de carácter unilateral (142) (caso del arrendamiento:

(140) La opinión, sostenida por PANTALEÓN PRIETO («El sistema de responsabilidad contractual», ADC 1991, p. 1021) según la cual también hay que considerar **extinguida** la obligación en los casos en que el deudor resulte obligado al resarcimiento del daño, no incide, si se comparte, sobre lo afirmado en el texto. Lo decisivo es que el deudor quede **liberado** y que, por lo tanto, aunque se entienda extinguida la prestación devenida imposible, no nazca la de resarcimiento.

(141) «Manual ...», tomo IV, p. 227.

(142) No así en la restitución de las cosas objeto del contrato por nulidad o resolución del mismo en que, sin embargo, la problemática del riesgo ofrece las particularidades ya comentadas.

art. 1563; comodato: art. 1744 y 1746 o depósito: art. 1766). Por el contrario sí es, conforme al criterio adoptado, un problema de riesgo contractual, el relativo a la subsistencia o no de la obligación de pago de la renta por el arrendatario una vez que el arrendador se ha liberado de la correlativa de proporcionarle el uso pacífico de la cosa arrendada por pérdida inimputable de la misma. Son igualmente normas sobre riesgos las dedicadas a regular la incidencia que sobre la relación social tiene la imposibilidad sobrevenida de la aportación de un socio porque aunque su carácter sinalagmático sea dudoso, de lo que en suma se trata, como dice CAPILLA, es de analizar las consecuencias producidas por el incumplimiento involuntario del deber de aportar en el conjunto de la relación social (143).

De manera que las reglas que imponen al deudor el deber de resarcimiento cuando ya no es posible la realización de la prestación debida son normas sobre responsabilidad, mientras que las dirigidas a decidir el destino de una obligación tras la liberación del deudor de la contrapartida son disposiciones sobre riesgos. Aunque desde el punto de vista práctico pueda parecer lo mismo hacer responsable al deudor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación que hacer recaer sobre él el riesgo de la contraprestación, no lo es. Los arts. 1101 y siguientes sólo son aplicables si el deudor es considerado responsable. Su sacrificio no va a ser igual en los dos casos: el resarcimiento del daño comprende el lucro cesante (art. 1106) y, si hubo dolo, *«responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»* (art. 1107); en cambio, si se le impone el riesgo, su disminución patrimonial viene representada por la prestación que no llega a recibir. Dicho en términos sencillos, mientras que la cuantía de lo que tiene que satisfacer el deudor responsable no tiene por qué coincidir con la de la contraprestación, el valor de ésta es de lo único de lo que resulta privado el deudor al que se le imputa el riesgo. También, lógicamente, es distinta la situación del acreedor de la prestación imposible en un caso y en otro. Si el deudor es responsable, deberá de quedar el acreedor económicamente igual que si hubiese recibido exactamente la cosa prometida, pero si lo que se le impone es el riesgo, quedará el acreedor (salvo los gastos y perjuicios que de la frustración del contrato se deriven) en la misma situación que antes de su celebración: no recibe la prestación prometida pero tampoco satisface la que él contrajo.

Otra diferencia entre los casos en que la imposibilidad se impute al deudor y aquéllos otros en que se le impone el *periculum obligationis* se aprecia en relación con la facultad de resolver del art. 1124. El deudor responsable no puede nunca instar la resolución, pero sí que puede hacerlo, según resulta del análisis normativo efectuado, el deudor al que se le impone el riesgo.

(143) «Comentarios...», T. XXI, vol. 1.º, p. 618.

En el arrendamiento el riesgo de la contraprestación lo soporta el arrendador (deudor de la cosa y de la prestación consistente en proporcionar su uso pacífico) dado que no recibe la contraprestación cuando ésta se pierde. Sin embargo, puede, en base al art. 1568, pedir la resolución. Impedir en tales casos al deudor-arrendador resolver sería lo mismo que entenderle obligado, por todo el tiempo pactado, a procurar al acreedor otra cosa apta para el mismo uso y, no siendo posible, a satisfacer su equivalente.

En el contrato de obra el *periculum obligationis* se le impone al contratista, quien pierde su derecho al precio cuando la prestación a su cargo deviene imposible de manera fortuita. Sin embargo, puede pedir la resolución, siendo sus efectos los del art. 1595. Por el contrario, si ese mismo contratista fuese responsable de la imposibilidad sobrevenida, no podría él pedir la resolución ni tampoco exigir del comitente que aceptase la parte de obra ejecutada a cambio del precio correspondiente a esa parte.

En la sociedad el riesgo contractual lo soporta el socio deudor de la aportación imposibilitada puesto que la consecuencia de ello, según el art. 1701, es la disolución de la sociedad sin que reciba dicho socio las ganancias correspondientes a aquélla aportación incumplida. No hay, en la regulación del contrato de sociedad, ninguna norma en la que basar la negativa a que el socio cuya aportación deviene imposible pueda pedir la resolución del contrato, aunque el Código piense en la hipótesis, desde luego más probable, de que lo hagan los restantes socios (art. 1707).

Tampoco, lógicamente, es igual la situación del acreedor de la prestación imposible cuando el deudor es responsable que cuando soporta el riesgo contractual. Mientras que en el primer caso le corresponde la opción del art. 1124 entre cumplimiento y resolución con resarcimiento de daños a que se refiere su pfo. 2.º, en el segundo el acreedor no es siempre objeto de un trato tan favorable; así, el arrendatario no puede optar por el mantenimiento del contrato y la resolución que puede instar el comitente es una resolución parcial (art. 1595). Las razones de ello son claras: el incumplimiento no es imputable al deudor, no habiendo pues razón para salvaguardar los intereses del acreedor como cuando el incumplimiento ha sido causado por aquél, resultando más equitativo distribuir entre las partes los efectos desfavorables del fortuito.

A las diferencias anteriores pueden todavía añadirse otras: si el deudor soporta el riesgo deja de ostentar su posición acreedora, y si ya había recibido el precio, deberá restituirlo conforme a las reglas de pago de lo indebido. Si el deudor es responsable, sus posiciones deudora —y también acreedora— se mantienen. Esta última no sufre alteración alguna y en cuanto a aquélla depende de que se considere que la obligación se perpetúa (entonces podrá valerse de la excepción de incumplimiento) o que, por el contrario, se piense que se extingue y es

sustituida por otra nueva. Si es así no parece posible la utilización de la *exceptio*. Es verdad que lo que generalmente tendrá lugar será la compensación dado que la deuda indemnizatoria siempre es pecuniaria y con frecuencia lo será la contraprestación, pero, aparte de que para ello es preciso que ambas sean líquidas (art. 1196, 4.º), no hay que descartar la posibilidad de que tenga ésta última naturaleza distinta (por ej: permuta).

La distinción entre riesgos y responsabilidad sólo es clara si las obligaciones son recíprocas. En una obligación unilateral no hay que decidir el destino de ninguna contraprestación. Lo único que hay que decidir es si al deudor le es o no imputable la pérdida. La problemática de los riesgos no se suscita, o mejor, carece de autonomía. Son las normas sobre responsabilidad las que dicen la última palabra respecto del patrimonio que sufre la pérdida, pero esa es otra cuestión (144). Si ésta es imputable al deudor, conforme al art. 1182 y concordantes y, en su caso, reglas especiales, él soporta el «riesgo» (más exactamente, la pérdida); en otro caso lo soporta el acreedor al extinguirse su derecho de crédito.

(144) El problema del riesgo contractual no estriba generalmente —aunque sí en la compraventa— en decidir qué patrimonio soporta la pérdida de la cosa. El *periculum rei* lo soporta el dueño de la cosa: arrendador-propietario de la cosa arrendada, contratista para quien se pierde la cosa en fase de ejecución, comitente para quien se pierden los materiales que él aportó o socio deudor de la sociedad (no cuando ya ha dejado de serlo por haberle transmitido la propiedad de lo aportado).

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania desde la reunificación

Prof. Dr. Dr. H.C. HANS-LEO WEYERS
Dr. THOMAS KADNER LL.M.

Frankfurt am Main/Berlín

INTRODUCCION

En nuestro último informe sobre la evolución del Derecho civil en Alemania (1) se expusieron los hitos fundamentales de la reunificación alemana. Los principios básicos se contienen en el Acuerdo de unificación, suscrito por ambos gobiernos alemanes el 31-8-1990, pero en los años sucesivos fue necesario hacer realidad con todo detalle la unidad jurídica de Alemania. Por lo que a la estructura judicial y a la administración de justicia en la antigua República Democrática se refiere, se ha logrado en gran medida la necesaria unificación (2). Mas la transformación del sistema de propiedad socialista de la Alemania del Este en un orden económico y social basado en la propiedad privada ha encontrado dificultades de las que no se tuvo realmente conciencia en los primeros meses de la reunificación y cuyo alcance se ha manifestado con el paso de los años.

(1) ADC 1992, pp. 211 y ss.

(2) *Cfr.* la «Gesetz zur Anpassung der Rechtspflege im Beitrittsgebiet», (Ley para armonización de la jurisprudencia) de 26-6-1992, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I, p. 1147: Las leyes más importantes que se refieren a los nuevos Estados federales se pueden encontrar en la recopilación de SCHÖNFELDER II, *Wirtschafts- und Justizgesetze*, Ergänzungsband für die neuen Bundesländer, 4 ed. München.

El informe de este año se ocupa en su primera y más extensa parte de presentar un panorama de los problemas más importantes que dificultaban la unificación jurídica, así como de las decisiones que se han tomado para superarlos. Consideramos que este tema merece una atención destacada teniendo en cuenta la particularidad de la situación histórica y la magnitud del empeño de unificar los ordenamientos de dos Estados tan alejados ideológicamente; a lo que debe añadirse que otras naciones del este de Europa se encuentran en vísperas de la transformación de sus ordenamientos jurídicos, con tendencia a adoptar el sistema del oeste de Europa. En la segunda parte del informe se ofrece una visión del conjunto de otras actividades importantes del legislador alemán en el ámbito del Derecho civil, así como de las sentencias más destacadas.

Parte 1: Problemas jurídicos de la reunificación

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS CUESTIONES

1. *La regulación de cuestiones patrimoniales abiertas*

Uno de los mayores problemas que para el legislador suponía la reunificación y que a su vez mayor incidencia había de tener sobre las relaciones jurídico-civiles de los nuevos Estados federales era el de regular las llamadas cuestiones patrimoniales abiertas. Durante la ocupación soviética de la Alemania del Este y desde la fundación de la República Democrática (3) se había producido la nacionalización en masa de bienes patrimoniales y otras formas de supresión de la propiedad privada, afectando sobre todo a la propiedad inmobiliaria y a las industrias. Un gran número de estas expropiaciones se llevó a cabo previa una pequeña indemnización y en muchas ocasiones sin compensación alguna.

Parte de estos bienes pasaron a ser de dominio público y dedicados al uso y servicio públicos; pero otra parte se cedió para su disfrute a ciudadanos de la recién nacida República Democrática. El legislador de la Alemania reunificada estaba convencido de que muchas de las anteriores intromisiones requerían ser corregidas. Para regular estas «cuestiones patrimoniales abiertas» se abrían dos caminos distintos: restitución de los bienes expropiados, siempre que todavía existieran; o, por el contrario, mantener básicamente la situación existente e indemnizar a los perjudicados por las así llamadas injusticias causadas

(3) La RDA se creó el 7-10-1949.

por la división de Alemania. Decidir entre estas dos opciones se reveló como una de las cuestiones más difíciles y polémicas de la reunificación.

2. *La situación jurídico-real en los nuevos Estados federales*

La situación jurídico real que se había desarrollado y establecido en la antigua República Democrática suscitaba cuestiones de difícil solución. El ordenamiento jurídico-real de las dos Repúblicas alemanas descansaba sobre principios fundamentales de signo opuesto. En la República Federal el derecho de propiedad privada se concebía como un derecho fundamental básico, de capital significación para el desarrollo de la libertad personal del individuo (4); en la República Democrática, por el contrario, la regulación de la propiedad basculaba sobre la idea de propiedad socialista, sobre todo en forma de propiedad social del Estado (*Volkseigentums des Staates*) y propiedad de las cooperativas de producción. Sólo en ámbitos limitados se admitía la propiedad privada y siempre ligada a la satisfacción de necesidades estrictamente privadas (parágrafos 22 y ss., del Código civil), (*ZGB* de la RDA). Tal propiedad socialista ocupaba bastante más del 50% de la superficie de la República Democrática, a raíz de la expropiación de enormes extensiones de terreno; además existía una propiedad inmobiliaria perteneciente a ciudadanos de la República Democrática cuyo poder de disposición se encontraba severamente limitado; y también había fundos cuyos propietarios se habían trasladado a la República Federal y que se encontraban sujetos a la administración estatal.

El Código civil alemán (*BGB*) parte del principio jurídico-real *superficies solo cedit* y, en consecuencia, corresponde al propietario del suelo lo que se edifica sobre el mismo: unidad en la propiedad de suelo y edificación (parágrafos 93 y ss. *BGB*). Un sistema basado en gran medida en la idea central de ser el suelo y los predios propiedad pública (*Volkseigentum*), habría conducido a afirmar el mismo tipo de propiedad sobre lo que en tales terrenos se edificare, de mantenerse el principio de accesión antes señalado. Con ello hubiera desaparecido todo estímulo para la construcción de casas, sea por parte de individuos o cooperativas. Para evitar este resultado, el Código civil de la República Democrática hubo pronto de admitir la separación entre la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado en el mismo; una propiedad sobre la edificación o propiedad superficiaria («*Gebäudeeigentum*») que los ciudadanos podían adquirir como propiedad perso-

(4) En palabras del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*), tiene por misión asegurar al individuo «un ámbito de libertad en el aspecto patrimonial y con ello posibilitar una decisión propia y responsable sobre la vida misma», Sentencia de 18-12-1968, en *BVerfGE* 24, 367 (369).

nal y las cooperativas como propiedad cooperativizada socialista. Ahora bien, la propiedad superficiaria sólo podía obtenerse, y ello como presupuesto fundamental, cuando se hubiere realizado la edificación con base en un derecho de goce o disfrute tipificado o formal. Puesto que, en principio, la propiedad social (*Volkseigentum*) no se podía gravar ni cabía su enajenación, el derecho de goce al que nos hemos referido surgía en virtud de una concesión estatal (parágrafos 287 y ss. ZGB de la República Democrática). La propiedad superficiaria podía ser objeto de disposición, herencia y gravamen hipotecario, siempre con la correspondiente autorización estatal (parágrafos 289, 293, 452 I 2 ZGB de la RD).

La propiedad privada del suelo que todavía se admitía en la República Democrática encontraba no obstante extraordinariamente menguada su utilidad como bien económico debido a todo tipo de precios máximos de venta y arriendo así como límites a la facultad de disposición. Sólo la propiedad superficiaria gozaba de un valor económico (5).

Como ya se informó, la decisión fundamental de reintroducir el amplio reconocimiento de la propiedad privada en Alemania del Este se encuentra ya en el Acuerdo de unificación (6). Sin embargo la concreción de este principio topaba inmediatamente con la cuestión de cómo resolver los temas de propiedad superficiaria y derechos de goce reconocidos en la antigua República Democrática.

El legislador del acuerdo de reunificación suponía que la realidad jurídica de la República Democrática se correspondería básicamente con el marco jurídico antes expuesto. Lo que demostró ser un gran error. Cuando se adjudicaban terrenos destinados a ser edificados, los funcionarios de la República Democrática consideraban prioritaria la obtención de determinadas metas estatales (tales como el puntual cumplimiento de los planes prestablecidos) frente a la necesidad de clarificar las relaciones dominicales. A menudo dicho esclarecimiento no llegó a producirse nunca. De manera que en el ámbito jurídico real de la República Democrática se desarrolló junto al programa del legislador un variado «Derecho de cosas fáctico» (*faktisches Sachenrecht*) (7) del que surgían numerosos conflictos entre los que de hecho disfrutaban o gozaban de los fundos y los propietarios de los mismos, y era necesario armonizar y poner de acuerdo los intereses de unos y otros.

(5) V., ampliamente LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER, en *DiZ* (*Deutsch-deutsche Rechtszeitschrift*) 1993, p. 34 ss. STÜRNER, en *JZ* (*Juristenzeitung*) 1993, p. 1074 y ss.

(6) ADC 1992, p. 222.

(7) STÜRNER, *JZ* 1993, p. 1074, 1076.

En particular pueden señalarse los siguientes supuestos:

En algunos casos se respetaron escrupulosamente las disposiciones legales que permitían ostentar una titularidad real de goce o disfrute, de manera que sobre las edificaciones alzadas en terreno de propiedad ajena llegaba a adquirirse efectivamente una propiedad superficiaria.

En otros supuestos se procedió a construir sobre terrenos ajenos sin haber obtenido previamente la concesión de un derecho real de disfrute, por lo que, conforme al Derecho de la República Democrática, no se podía adquirir propiedad alguna sobre lo edificado. Tales situaciones se desarrollaban con el beneplácito de las autoridades: en parte en propiedad social del Estado o de las cooperativas, en parte sobre fundos ajenos que en realidad estaban destinados a la construcción de casas de recreo (o de fin de semana) y en parte, por último, sobre los denominados «Westgrundstücke», es decir, suelo perteneciente a particulares que habían huido de la Alemania Democrática hacia la República Federal (terrenos que a su vez estaban sometidos a la administración estatal y cuyo disfrute podía cederse a ciudadanos de la República Democrática en virtud de relaciones contractuales). En muchos de estos casos se había incluso ofrecido la perspectiva de concesión de un derecho real de goce de los tipificados o formales, mas tal concesión nunca tuvo lugar, por lo que los afectados carecían de una posición jurídico-real, según el Derecho de la República Democrática.

Conforme al ordenamiento de la RDA, la construcción de viviendas por parte del Estado o de las cooperativas sólo debía tener lugar sobre fundos que previamente hubieren sido nacionalizados. Y, en tal caso, sobre la edificación se declaraba legalmente una propiedad socialista. Mas, de hecho, la construcción de viviendas se asentó igualmente sobre terrenos de propiedad privada. Las decisiones de Secretarios locales del Partido permitieron levantar barrios enteros sobre suelo y terreno de propiedad ajena.

En estos casos no podía en absoluto hablarse de una propiedad superficiaria, pues para empezar no existía la previa concesión de un derecho de disfrute sobre el fundo. Así pudo llegarse a una situación paradójica: los límites de los fundos y por ende de la propiedad habían de trazarse diagonalmente a través de los edificios.

Mientras existió la República Democrática este menosprecio a las relaciones de propiedad no causaba escándalo alguno. Pero la nueva ordenación de las relaciones jurídico-reales tenía que encontrar el punto de equilibrio entre los intereses de los que efectivamente disfrutaban de la vivienda y los propietarios de la misma. Ciertamente la cantidad de viviendas que se construyeron de una u otra forma en tales condiciones, unas 300.000, es relativamente pequeña comparada con los 4.3. millones de viviendas de nueva construcción. Además, los usuarios, generalmente, habían actuado de buena fe presuponiendo que du-

rante mucho tiempo podrían disfrutar del fruto de sus esfuerzos. Considerando, por otra parte, la dificultad de construir una vivienda propia en las épocas de escasez económica de la República Democrática, puede comprenderse que la determinación del derecho que debía corresponder sobre suelo y edificios, disputados por los que de hecho los disfrutaban y los propietarios del suelo, tenía una gran relevancia social.

3. *Problemas de armonización en el Derecho de obligaciones*

Finalmente, el legislador único para toda Alemania se encontró con una serie de relaciones jurídicas obligatorias sobre cuyo futuro tenía que decidir. Así, en la República Democrática había numerosas fincas que como no iban a disfrutarse de otra forma, se cedían a los particulares en virtud de una relación obligatoria para que los dedicaran a actividades de ocio y descanso. Y de hecho sirvieron para hacer jardines, levantar casas de fin de semana, garajes, y otros usos análogos. Los contratos por los que se cedía el uso se concluyeron en su mayoría sin establecer un plazo determinado y sólo podían resolverse o denunciarse por causas muy limitadas. En parte, los denominados «Westgrundstücke» tuvieron este destino. Al tiempo de la reunificación, puede decirse que más de la mitad de las familias de la RDA disponía de algún terreno aplicado a las finalidades descritas. Finalmente, los funcionarios de la RDA asignaron a particulares y en virtud de relaciones obligatorias edificios que necesitaban reparaciones y terrenos susceptibles de ser edificados. Los contratos se calificaron como contratos de arrendamiento (en las dos variedades conocidas en Alemania: «Miete» y «Pacht»). En estos casos, no había propiedad del suelo ni derecho real de disfrute que, en su caso, hubiere podido conducir a una propiedad superficiaria de los cesionarios. No obstante, el uso de estos terrenos tenía enorme relevancia social; para muchos ciudadanos de la República Democrática representaba el único refugio en el que podían desarrollar actividades de interés privado (8). Tras la reunificación se trataba naturalmente de decidir la protección de la que estos arrendatarios y sus inversiones podían gozar frente a los propietarios.

4. *Problemas de la «base del negocio»*

Por último se presentó una cuestión jurídico-obligatoria de otra índole de la que para terminar queremos dar noticia. Tras la reunificación, en muchas relaciones contractuales una de las partes alegaba que

(8) V. ampliamente LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, en DtZ 1993, p. 322 y ss.

el final de la República Democrática había provocado una desaparición de la base del negocio exigiéndose una modificación de los términos contractuales inicialmente acordados. Al respecto han sido necesarios algunos pronunciamientos fundamentales del Tribunal Supremo.

II. LAS SOLUCIONES

1. *Cuestiones patrimoniales (Offene Vermögensfragen)*

La alternativa: devolución de los bienes patrimoniales expropiados o mantenimiento del *status quo* e indemnización a los propietarios por la pérdida sufrida se decidió desde el primer momento a favor de mantener como principio general la restitución a los anteriores propietarios. La primera disposición en este sentido se encuentra ya en la declaración conjunta de ambos gobiernos de la República Federal y de la RD para la regulación de las cuestiones patrimoniales de 15-6-1990 (9). El 23-9-1990, el Parlamento de la República Democrática (Volkskammer) promulgó la Ley de regulación de cuestiones patrimoniales, que con la entrada en vigor del Acuerdo de unificación pasó a ser Derecho federal y, tras varias modificaciones, sigue siendo hoy la regulación legal vigente de las cuestiones patrimoniales (10).

De acuerdo con esta ley («Vermögensgesetz», VermG), están sujetos a restitución los bienes patrimoniales de la República Democrática cuando:

- Los bienes fueron expropiados sin indemnización y luego nacionalizados (parágrafo 1I a VermG). A este grupo pertenecían en particular bienes de personas que habían huido de la RDA.
- Los bienes se hubieron expropiado previa indemnización cuyo importe, sin embargo, fue inferior al que hubiera correspondido a ciudadanos de la RDA (la denominada expropiación discriminatoria, parágrafo 1 Ib VermG).
- Los bienes, en primer término, pasaron a la administración estatal y en un segundo momento se cedieron a terceros (parágrafo 1 Ic VermG).

(9) Artículo III del Acuerdo de unificación.

(10) La última redacción es de 2-12-1994, BGBI.I, p. 3610.

- Se tratase de una industria alcanzada por la amplia acción expropiatoria que la República Democrática realizó en 1972 y que afectó a cerca de 12.000 empresas privadas que por esta vía se convirtieron en propiedad social.

Entre 1971 y 1989 el gobierno de la RDA impulsó la construcción de aproximadamente dos millones de nuevas viviendas, pero a cambio descuidó absolutamente el mantenimiento de los edificios antiguos. Por razones ideológicas se prohibía a los propietarios la elevación de la renta, de manera que ni siquiera se encontraban en situación de poder atender los gastos de mantenimiento o reparación. Muchos llegaron por necesidad económica a renunciar absolutamente a su propiedad. El parágrafo 1 II VermG también prevé aquí la restitución.

Asimismo habían de ser restituidos bienes que se hubieren adquirido a resultas de maniobras ilícitas, como pudiera ser abuso de poder, corrupción, coacción o engaños, ya procedieran del propio adquirente, ya de terceros (parágrafo 1 III VermG). Un ejemplo clásico en este sentido está constituido por las ventas forzosas en caso de abandonar la República Democrática: Quien quisiera dejar de forma permanente la RDA se veía abocado a un largo y doloroso proceso a cuyo final se encontraba la obligación de enajenar íntegramente su patrimonio antes de la partida.

Además de las expropiaciones realizadas en la zona de ocupación soviética y en lo que más tarde fue la República Democrática, la VermG disponía la indemnización de las víctimas del Nacionalsocialismo que habían sufrido pérdidas patrimoniales a consecuencia de las persecuciones que tuvieron lugar entre 1933 y 1945 en el territorio de lo que luego fue la República Democrática (Parágrafo 1 VI VermG). Los legitimados para obtener resarcimiento son en primer lugar judíos que entonces vivían en Alemania, sus herederos o —en su caso— la «Conference on Jewish Claims Against Germany»: se trata de una asociación mundial de Organizaciones judías, con sede en Nueva York, que desde hace cuarenta años representa los intereses de los perseguidos por el Nacionalsocialismo frente a la República Federal (11).

El camino de la restitución resultaba especialmente accidentado porque, como antes se ha señalado, muchos de los fondos contemplados por la VermG habían sido el objeto de importantes mejoras realizadas por particulares de la República Democrática, que actuaron con el consentimiento de las autoridades y confiando en la estabilidad de sus adquisiciones. Ahora debían enfrentarse con las pretensiones de restitución de los antiguos propietarios. Manteniéndose con todo como principio básico el de la restitución, la armonización de los intereses

(11) Sobre el tema v. MARKER, en *DtZ-Informationen* 1993, pp. 41 y ss.

contrapuestos —propietarios anteriores y estos ciudadanos de la Alemania del Este— planteaba una cuestión de capital importancia: determinar los supuestos en los que la pretensión de restitución quedaría excluida (12).

Ya en el acuerdo conjunto de ambos gobiernos (13) se delinearon tres grupos en los que no procedía la restitución:

A) Bienes que fueron expropiados bajo la responsabilidad del poder militar soviético (parágrafo 1 VIIIa VermG). Entre los años 1945-49 las fuerzas de ocupación soviéticas llevaron a cabo en el territorio de lo que luego sería la República Democrática una amplia reforma del suelo, que afectó a aproximadamente un tercio del total, así como una socialización de la industria. No hubo indemnizaciones. Para excluir en este caso la posible restitución, el gobierno federal adujo que la Unión Soviética lo había puesto como condición de su asentimiento a la reunificación alemana (14).

B) Exclusión por la naturaleza de las cosas. Así ocurre cuando el valor patrimonial se hubiere perdido de forma irrecuperable. Tal es el caso de un empresario cuya industria hubiera estado abandonada y, a juicio pericial, no merece la pena intentar su recuperación. También se incluyen en este grupo empresas reprivatizadas en el curso de la reunificación.

C) Exclusión por razones sociales. Este supuesto se produce cuando se hubiere adquirido la propiedad u otro derecho real de goce sobre el bien en cuestión después del 8 de mayo de 1945. En particular, tal es el caso de haber construido el ciudadano de la República Democrática una vivienda propia sobre un fundo con base en un derecho de disfrute concedido por el Estado, lo que, según los párrafos 286 y ss., ZGB, le hacía titular de la propiedad superficiaria. El propietario del suelo tiene entonces que contentarse con la indemnización (parágrafo 9 VermG). (No basta a estos efectos que la construcción se hubiere realizado en virtud de una relación de tipo «fáctico» a las que antes nos hemos referido y que no permitía adquirir la propiedad superficiaria).

No obstante, en este último supuesto la restitución sólo quedaba efectivamente excluida cuando el adquirente hubiere actuado de buena fe. El parágrafo 4 III VermG contiene con carácter ejemplificativo un elenco de casos en los que no puede apreciarse buena fe. Se cita así el no haberse producido la adquisición de acuerdo con las normas del De-

(12) Para lo que sigue V. también MARKER, en DtZ-Informationen 1993, pp. 97 y ss.

(13) V. *supra* nota 9.

(14) Lo que se ha seguido por el BVerfG, en Sentencia de 23-4-1991, en NJW, 1991, pp. 1597 y ss.

recho de la República Democrática y ser el adquirente consciente de ello; o la adquisición se hubiere producido a raíz de corrupción, abuso de poder, coacciones o engaños. Según una decisión de la «Kammergericht» de Berlín, la afirmación de mala fe, por otro lado, no puede sin más derivarse de haber huido de la RDA el propietario del fundo y conocer esta circunstancia el adquirente (15).

Los funcionarios competentes para la regulación de las cuestiones patrimoniales abiertas recibieron dentro del plazo oportuno más de un millón de solicitudes referentes a tales cuestiones, a través de las cuales se planteaban más de 2,3 millones de pretensiones. El número de inmuebles arrendados en litigio se estimó ser de noventa mil; a quinientos mil ascendía el volumen de fincas afectadas y el número de empresas en activo que igualmente se reclamaban se fijó en unas cuatro mil (16). Jueces y funcionarios se encuentran ahora ante la difícil tarea de proceder al rápido esclarecimiento de las relaciones dominicales sobre los fundos en litigio.

2. Clarificación de las relaciones jurídico-reales

Las relaciones jurídico-reales en Alemania del Este recibieron nueva regulación del legislador único en septiembre de 1994 (17). Según manifestaciones de la Ministra Federal de Justicia, la liquidación de dichas relaciones representa «uno de lo objetivos más difíciles de los que han surgido en la legislación de la reunificación» (18).

La nueva ley (SachenRBERG) se basa en los siguientes puntos que, a veces y desde un punto de vista formal, responden a apreciaciones y decisiones fundamentales del legislador ciertamente heterodoxas (19).

A) La mejor forma de conseguir la libre circulación y posibilidad de gravar los bienes inmuebles, presupuesto indispensable para las inversiones, consistía en transformar las instituciones jurídicas de la República Democrática en las del BGB. Se mantuvo por tanto el principio de *numerus clausus* en materia de derechos reales, vigente en Alema-

(15) VIZ (Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht), 1992, p. 199, 201: v. también Kammergericht Berlin, ZOV (Zeitschrift für offene Vermögensfragen) 1991, pp. 49 y ss.

(16) Bundestags-Drucksache (BO del Bundestag) 12/4418, de 26-2-1993.

(17) Ley sobre saneamiento de las relaciones jurídico reales en la zona incorporada (Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet) de 21-9-1994, BGBl. I. p. 2457, en vigor desde el 1-10-1994.

(18) LEUTHEUSSER-SCHNARRENBGER, DtZ 1993, p. 34, 39.

(19) Cfr. LEUTHEUSSER-SCHNARRENBGER, DtZ 1993, p. 34, 37.

nia Federal, que además no se vería ampliado para admitir los supuestos de propiedad superficiaria o derechos de goce tal y como los configuraba el Código civil de la República Democrática.

B) Teniendo en cuenta que los funcionarios de la RDA habían prescindido ampliamente de las normas promulgadas en la materia, la anunciada transformación había de partir en primer término no de las disposiciones legales vigentes, sino de las relaciones fácticas. En mayor medida precisamente porque los ciudadanos de la República Democrática normalmente carecían de influencia alguna sobre la configuración de sus facultades de goce, y con frecuencia dependía del azar su conformidad o no con la regulación aplicable.

C) Las mejoras que se hubieren traducido en nuevas edificaciones sobre los fundos debían ser protegidas. Si la construcción se hubiere realizado sobre suelo ajeno pero con la autorización administrativa correspondiente, no se consideraba entonces que se hubieren infringido ilícitamente los derechos del dueño. Es necesario, por tanto, proteger la confianza del que hubiere introducido las mejoras.

D) Después de la reunificación y con la introducción de un mercado inmobiliario libre en el este de Alemania los precios se dispararon de repente. Este incremento de valor cogió desprevenidos tanto a los propietarios como a aquéllos a los que en la República Democrática se había concedido el disfrute del inmueble (en parte, a largo plazo) y de hecho gozaban de una posición análoga a la dominical. Atribuir íntegramente la plusvalía a unos o a otros hubiera sido una decisión arbitraria. Se decidió, por tanto, que el reparto entre ambos fuera al cincuenta por ciento.

E) El reparto de este valor había de organizarse de tal manera (por ejemplo, mediante un período de transición) que permitiera a los que habían construido una vivienda para sí continuar en el uso de la misma.

El saneamiento de las relaciones jurídico-reales comprende tanto construcciones que se hubieren alzado con base en un derecho de disfrute del fundo concedido por el Estado, como casi todos los supuestos antes mencionados de construcción en virtud de «relaciones fácticas» (parágrafo 1 SachenRBERG). La SachenRBERG concedía a los que de buena fe hubieren construido su vivienda o local de negocio la posibilidad de elegir entre comprar el terreno a la mitad del valor de mercado, o que se les reconociera un derecho de superficie de larga duración y por la mitad del precio normal. Este derecho de superficie, que ya existía en los Estados de Alemania Federal, faculta a los superficiarios para construir sobre una finca, sin necesidad de adquirir la propiedad de la misma. Se corresponde por tanto en gran medida con los derechos de disfrute de la antigua República Democrática (20).

(20) V. parágrafos 15 y s., 32 y ss., 61 y ss., SachenRBERG.

La Ley que estamos analizando no comprende, sin embargo, las construcciones de recreo ni viviendas que se hubiesen realizado con base en relaciones contractuales arrendaticias (parágrafo 2 I.1 y 2 SachenRBERG). El legislador consideró que el arrendatario que hubiera realizado la edificación no podía en ningún momento confiar en una adquisición permanente y no merecía protección la esperanza que pudiera tener de alcanzar una posición jurídico-real. (21).

Una vez que efectivamente se hubieron liquidado las situaciones jurídico-reales de la antigua República Democrática podía alcanzarse en toda Alemania un sistema único de derechos reales; y solucionadas asimismo las cuestiones patrimoniales abiertas se clarificaron las relaciones jurídicas sobre fundos y suelo. Entre las dos leyes hasta ahora examinadas, la VermG y la SachenRBERG se observan ciertamente contradicciones. Mientras la VermG parte del principio de restitución, para la SachenRBERG el centro de gravedad radica en mantener la situación existente. Si un fundo del territorio de la RDA hubiera sido expropiado sin o por una pequeña indemnización, el propietario puede exigir la restitución con base en la VermG, salvo que hubiera un adquirente de buena fe de un derecho de disfrute formal (parágrafos 3 I 1,4 VermG, v. *supra*). Si, por el contrario, el fundo no se hubiera llegado a expropiar, sino que simplemente un funcionario de la RDA hubiera permitido o tolerado una relación «fáctica» de construcción de una casa, por ejemplo, el que de hecho tiene el disfrute goza de una protección conforme a la SachenRG. Estas y otras (22) diferencias de valoración se pueden explicar por el progresivo conocimiento que el legislador de la Alemania reunificada iba adquiriendo sobre la verdadera situación en la República Democrática. La protección de los usuarios de buena fe y de sus inversiones en el territorio de la antigua República Democrática, con independencia de la calificación jurídica de sus facultades según el Derecho entonces vigente, objetivo perseguido por la SachenRBERG, parecía ser la solución más razonable a la vista de la situación que la realidad ofrecía en la extinta RDA.

3. *Unificación legal de las relaciones jurídicas obligatorias*

El paso siguiente consistió en unificar mediante ley la situación jurídica de todas aquellas relaciones de disfrute de inmuebles en Alemania del Este que tras la reunificación se calificaron como simples relaciones obligatorias (23). La diferencia fundamental entre los

(21) V. ampliamente STÜRNER, en JZ 1993, p. 1074, 1078 y s.

(22) Exhaustivo STÜRNER, JZ 1993, p. 1074, 1079 s.

(23) Ley para unificación de las relaciones obligatorias de disfrute (Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet, SchuldRAnpG), de 21-9-1994, en vigor desde el 1-1-1995, BGBl. I, p. 2538.

supuestos comprendidos en la ley de saneamiento de relaciones jurídico-reales (SachenRBERG) y los contemplados por esta nueva ley referida a las relaciones obligatorias (SchuldRAnpG) se encuentra en la menor trascendencia social de las segundas (24). Se refieren sobre todo a los llamados inmuebles destinados a finalidades recreativas («Freizeitgrundstücke») y —aunque es muy discutido— fundos que a pesar de haber servido para la construcción de viviendas, se habían sólo arrendado. También en estos casos los cesionarios, confiados en la solidez de su posición jurídica, habían en parte realizado importantes gastos y organizado su vida con la expectativa de que los contratos por los que se les concedió el disfrute conservarían su obligatoriedad.

La SchuldRAnpG dispone que las relaciones obligatorias de goce constituidas al amparo del Derecho de la RDA se transformen en relaciones arrendaticias conforme al BGB (parágrafos 6I, 34 SchuldRAnpG). Para proteger la confianza que los cesionarios tenían en la persistencia de sus derechos de disfrute, se modificaron de manera importante los plazos de duración y se fijó un calendario de extinción gradual. Si, por ejemplo, se hubiese dedicado el fundo a vivienda y se hubiesen realizado importantes inversiones en la construcción, los plazos de duración podían llegar como máximo hasta el 31-12-2020 (parágrafos 7, 52 s. SchuldRAnpG). Las condiciones del contrato (así, la renta, indemnización al arrendatario por mejoras al terminar el contrato) recibieron nueva regulación en la SchuldRAnpG.

Con las tres leyes arriba esquematizadas (VermG, SachenRBERG, SchuldRAnpG) se daba el paso decisivo para la unificación de las relaciones jurídicas, tanto reales como obligatorias, sobre fundos y suelo y se lograba establecer en el este de Alemania una ordenación de la propiedad conforme con la Constitución. Los ciudadanos de Alemania Federal habían gozado tras el final de la guerra en 1945 de diversas posibilidades para ir formando un patrimonio propio, mientras que los habitantes de la República Democrática habían visto limitadas sus expectativas a la adquisición de una propiedad superficiaria y en su caso derechos sobre fincas destinadas a finalidades recreativas. Si tras la reunificación se hubieran adoptado medidas drásticas para alterar esta situación, se habrían cometido grandes injusticias. A través sobre todo de la SachenRBERG fue posible conseguir un moderado equilibrio de los intereses en juego.

4. *La Ley de prioridad de las inversiones*

Debido a su relevancia práctica, debemos considerar brevemente la denominada Ley de Prioridad de las Inversiones: «Investitionsvo-

(24) DEGENHART, en JZ 1994, p. 890, 891.

rranggesetz», InVorG (25). La ley tiene como finalidad promover y facilitar las inversiones en los nuevos Estados federales a la vez que establecer las bases necesarias para que encuentren seguridad jurídica. La InVorG fija los presupuestos en virtud de los cuales los proyectos de inversión han de tener prioridad sobre las pretensiones de restitución que la VermG concede a los antiguos propietarios. Si se trata de una inversión inmobiliaria referida a fincas o edificios que sirva a la creación de puestos de trabajo, o a la construcción y reparación de viviendas y por tal motivo la creación de una infraestructura, o en caso de una inversión que aspire a conseguir nuevos puestos de trabajo o asegurar los existentes, o bien la salvación de una industria (parágrafo 3 InVorG), puede llegar a denegarse la pretensión de restitución. El antiguo propietario, en tal caso, en lugar del inmueble o de la empresa obtiene el reembolso de su valor (parágrafo 16 InVorG). Si fuera el propietario mismo el que presentara un plan de inversiones, en principio su propuesta tendría preferencia frente a otros inversores (parágrafo 21 InVorG).

5. *Derecho de sociedades de la unificación: la privatización*

Otro de los grandes objetivos a alcanzar tras la reunificación fue transformar un sistema basado en una economía socialista planificada en una economía de mercado. La meta deseada exigía una amplia y completa privatización de las empresas de Alemania del Este.

En la República Democrática la propiedad privada de la industria era contraria a la Constitución. Los establecimientos industriales y en gran medida también el comercio se habían nacionalizado. Pero desde el 1 de febrero de 1990 volvió a admitirse la propiedad privada de tales bienes y a partir del 1-7-1990 la legislación de sociedades y actividades económicas de la República Federal extiende su ámbito de aplicación a la todavía existente RDA. El tránsito desde una propiedad socialista sobre los establecimientos fabriles hasta una propiedad privada se encomendó a una institución fiduciaria que con tal finalidad fue creada a principios de 1990. A la misma se transfirió la titularidad fiduciaria de estos bienes nacionalizados que, en primer lugar, había de transformarse en sociedades anónimas o sociedades con responsabilidad limitada, y más tarde debían venderse. La privatización afectaría a aproximadamente 8.000 empresas con alrededor de 40.000 locales, más de 45.000 establecimientos mercantiles (entre ellos unos 8.000 restaurantes y hoteles) y muchas cooperativas de producción del sector

(25) Gesetz über den Vorrang von Investitionen bei Rückübertragungen nach dem Vermögensgesetz (Ley sobre prioridad de las inversiones en supuestos de restituciones al amparo de la Ley sobre patrimonio), Investitionsvorranggesetz, de 14-7-1992, BGBl. I p. 1268; modificación en BGBl. 1993, I, p. 1812.

comercial y agrícola. La institución fiduciaria pasaba así a ocuparse de la administración de un patrimonio valorado entre 500 y 600 miles de millones de marcos (26).

Durante la primera mitad de 1990 la anunciada transformación que habría de conducir hasta sociedades capitalistas se produjo con tal parsimonia que se promulgó una ley específica, la denominada «Treuhangesetz» (TreuhandG) (27), que alcanzaba este resultado por disposición legal expresa (parágrafo 11 II 1). De un día para otro brotaron miles de sociedades de capital en forma de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada. Particular relevancia (también política) y tarea polémica era diferenciar entre empresas competitivas y las que, por el contrario, no era posible sanear. Las últimas debían cesar en su actividad, con todas las consecuencias que de ello se derivaren para trabajadores y para la zona afectada.

El proceso de reprivatización descrito puede considerarse hoy concluido. Queda todavía la tarea de administrar algunos fondos así como controlar el desarrollo de contratos celebrados entre la institución fiduciaria y los adquirentes de los establecimientos. Esta misión corresponde hoy a un organismo federal, con sede en Berlín, que se ocupa de cuestiones específicas conectadas con la reunificación.

6. *Jurisprudencia de la reunificación. ¿Desaparición de la base del negocio tras la extinción de la RDA?*

Entre las muchas cuestiones jurídicas que ha suscitado la reunificación, nos detenemos en una de las más representativas: la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (BGH) sobre desaparición de la base del negocio a consecuencia de la reunificación (28).

La comprensión del tema exige, no obstante, algunas indicaciones previas sobre el Derecho vigente en la antigua República Democrática: Los empresarios de la RDA no gozaban de libertad a la hora de concluir contratos, sino que se encontraban sometidos a numerosas previsiones e intromisiones estatales. Los límites afectaban tanto a la libre conclusión de contratos como a su contenido. En muchas ocasiones la

(26) V. IMMENGA, en NJW 1993, pp. 2471 ss.

(27) Ley para la privatización y reorganización del patrimonio nacionalizado: Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens, de 17-6-1990 (Treuhangesetz), BO de la RDA I, pp. 33, modificada por Ley de 22-3-1991, BGBI. I, p. 766.

(28) V. sobre el tema GRUN, en JZ 1994, pp. 763 ss.

adquisición de bienes se financiaba con créditos estatales que los empresarios se veían obligados a aceptar. La rentabilidad que pudiera obtenerse a menudo debía transferirse al Estado. Esta intromisión en el resultado de la actividad comercial tenía como contrapartida que en caso de necesidad y para liquidar obligaciones se concedían inmediatamente los créditos estatales y fondos presupuestarios que fueran necesarios, asumiendo el Estado el riesgo de insolvencia de una de las partes. En los últimos tiempos de la RDA esta situación cambió drásticamente: las vías de financiación y crédito estatales se cerraron, los precios que hasta entonces garantizaba el Estado se liberalizaron, el valor y la demanda de bienes se alteraron sustancialmente y la insolvencia apareció de repente como una posibilidad real. Muchos empresarios de la anterior República Democrática se apoyaron sobre este cambio de circunstancias para alegar una desaparición de la base del negocio y exigir, en consecuencia, una revisión de las condiciones contractuales.

Hasta el momento, el BGH ha procedido con cierta cautela a una revisión del contenido contractual. No admite que el paso de una economía socialista a una economía de mercado constituya *sin más* una desaparición de la base del negocio (29). Así, un empresario de la antigua RDA, que de acuerdo con las disposiciones antes vigentes había aceptado un crédito de un Banco estatal y también había transferido las ganancias obtenidas en el ejercicio del comercio al Estado, ve sin embargo rechazada su petición de que su préstamo se reduzca por importe equivalente a la ganancia antes transferida al Estado. El problema de estas antiguas deudas afecta por igual a todos los empresarios de lo que antes era la RDA. Corresponde en todo caso al legislador la adopción de medidas específicas. En otra sentencia, por el contrario, el BGH procede a la revisión solicitada por un empresario que de repente se encuentra sin los créditos y fondos estatales que se le habían prometido: el contrato se concluyó ante la expectativa de tal financiación, por lo que el empresario no asumió riesgo alguno que ahora se le deba imputar. Dicho riesgo debe repartirse entre ambas partes por mitad (en el caso, se trataba de dos empresarios de la antigua República Democrática) (30).

Con todo, trazar la frontera entre supuestos en los que debe apreciarse una desaparición de la base del negocio y supuestos en los que no procede revisión alguna por tal causa sigue siendo una tarea difícil (31).

(29) BGH, 26-10-1993, en JZ 1994, p. 301.

(30) BGH 14-10-1992, en BGHZ 120, p. 10.

(31) Además del caso citado en la nota anterior, v. BGHZ 121, p. 378 y 126, p. 150.

Parte 2: Evolución del Derecho civil en otros ámbitos

I. LEGISLACION

1. *Derecho de familia*: a) Justo al principio del período temporal al que se refiere el presente informe se produjo una importante reforma en el ámbito del Derecho de Familia y de la Persona: El legislador suprimió el viejo instituto de la incapacitación (*Entmündigung*) y lo sustituyó por la denominada asistencia (*Betreuung*) (parágrafos 1896-1908 i BGB, de nueva redacción) (32). La Ley pretende que se refleje jurídicamente la consideración que hoy merece la situación de personas enfermas o con alguna minusvalía dentro de nuestra sociedad. Los afectados por alguna minusvalía no deben ser excluidos, sino -con la asistencia del asesor, *Betreuer*- integrados lo más posible en la vida jurídica. Mientras que la incapacitación determinaba que el incapacitado quedara totalmente apartado del tráfico jurídico, el sistema de asistencia introducido mantiene prácticamente inalterada la capacidad para intervenir en dicho tráfico. En la medida en que con carácter excepcional sea necesario limitar la capacidad, los límites deben referirse y circunscribirse a sectores determinados. Además, en su establecimiento ha de tenerse en cuenta de forma individual y flexible el ámbito de competencia propia que le resta al afectado (33).

b) En una sentencia de 5-3-1991 el Tribunal Constitucional declaró que es contraria al principio de igualdad establecido en el art. 3 II GG la norma que establece como apellido familiar de ámbos cónyuges el apellido del marido, en defecto de que los cónyuges hayan acordado otra cosa (según la anterior redacción del parágrafo 1355 II 2 BGB). En consecuencia, a finales de 1993 la legislación sobre el nombre familiar sufrió una reforma (34). El legislador ha mantenido, no obstante, el principio de que ambos cónyuges deben llevar el mismo apellido. Pero esta norma no es sancionada en modo alguno, y al no ponerse de acuerdo los futuros cónyuges sobre un apellido común, ahora y por primera vez en el Derecho alemán relativo al nombre, es posible que ambos cónyuges conserven sus propios apellidos tras el matrimonio (35).

(32) Ley para la reforma de la tutela y curatela de mayores de edad (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft Volljähriger) de 12-9-1990, en vigor desde el 1-1-1992, BGBl. I, p. 2002.

(33) En la doctrina, v. TAUPITZ, en IuS, pp. 1992 y ss., ZIMMERMANN/DARMAU, en NJW 1991, pp. 538 y ss.

(34) Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts de 16-12-1993, en vigor desde el 1-4-1994, BGBl. I, p. 2054.

(35) En la doctrina v. WAGENITZ, FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 1994, pp. 409 y ss.; DIEDERICHSEN, en NJW 1994, pp. 1089 y ss.

2. *Derecho de sociedades*: el 1-7-1995 entró en vigor la Ley sobre creación y establecimiento de sociedades de profesionales (*Partnerschaftsgesellschaften*, PartGG) (36). Por vez primera la ley ofrece a las denominadas profesiones liberales (abogados, médicos) la posibilidad de organizarse jurídicamente de un modo que ha sido especialmente diseñado para atender a sus específicas necesidades. La sociedad surge con su inscripción en un Registro especial que se crea al efecto. Sólo pueden ostentar la cualidad de socios las personas físicas que, además, no se dediquen a actividades comerciales. Esta sociedad de profesionales no tiene la consideración de persona jurídica, pero se aproxima mucho si se relacionan los preceptos de la nueva ley con las disposiciones sobre sociedades mercantiles colectivas contenidas en el Código de Comercio. Debe ser considerada como sujeto de derecho y titular del patrimonio social. Con terceros puede ser representada en cualquier asunto por todos y cada uno de los socios en solitario. Se establece también la responsabilidad solidaria de la sociedad y de todos los socios. Constituye sin embargo una novedad para el Derecho alemán la posibilidad de que los socios limiten la responsabilidad contractual por negligencia a los socios a los que dicha conducta sea imputable, así como que el alcance de la indemnización se limite a un importe máximo señalado al efecto (37).

3. *Derecho laboral*: El Tribunal Constitucional en una sentencia de mayo de 1990 considera contrario al principio de igualdad del art. 3 GG y por tanto inconstitucional el que los plazos de preaviso para el despido de los trabajadores alemanes sean más cortos que los previstos para empleados (38). Este tratamiento discriminatorio se suprimió por el legislador en octubre de 1993 (39). La nueva regulación establece para trabajadores y empleados los mismos plazos, que se gradúan en atención a la antigüedad en la empresa o puesto de trabajo. El plazo más corto, según la nueva redacción del parágrafo 622 BGB, es de cuatro semanas, plazo que como máximo puede llegar a ser de siete meses en caso de trabajadores con una antigüedad superior a veinte años si el despido se produce por iniciativa del empleador (40).

(36) BGBI. I, p. 1744 y ss.

(37) En la doctrina v. Karsten SCHMIDT, en ZIP (*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*) 1993, pp. 633 y ss.; HENSELER, en WiB (*Wirtschaftsrechtliche Beratung*) 1994, pp. 58 y ss.; FALKENHAUSEN, en AnWB. (*Anwaltsblatt*) 1993, pp. 479 y ss.

(38) STC 30-5-1990, en NJW 1990, p. 2246. La diferencia se establece entre trabajadores, *Arbeiter*, término referido a trabajo fundamentalmente manual o físico, y *Angestellter*, empleado que realiza un trabajo intelectual; la diferencia resultaba especialmente trascendente por lo que a plazos de preaviso se refiere. (N de la Tr.).

(39) Gesetz zur Vereinheitlichung der Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten, de 7-10-1993, BGBI. I, p. 1668.

(40) Doctrina: ADOMEIT, en NJW 1994, pp. 11 y ss., BAUER, en NZA (*Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*) 1993, pp. 961 y ss.

4. *Derecho Procesal*: La introducción del sistema de justicia de Alemania Federal en los nuevos Estados federales requería un considerable incremento de recursos humanos y materiales. El legislador consideró que estas nuevas necesidades sólo podrían atenderse con una modificación del procedimiento judicial. Con tal finalidad se promulgó la Ley de simplificación de la administración de justicia (*Rechtspflegevereinfachungsgesetz*) de 15-12-1990 y también la Ley para descongestionar la administración de justicia (*Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege*), de 11-1-1993 (41). Se prevé un importante cambio en lo referente a la competencia en primera instancia de las Audiencias (*Landgerichte*), cuyos Tribunales se integran generalmente por tres Magistrados, que ahora pasa en gran parte a ser de los Juzgados de primera instancia en los que actúa un solo Juez. Además, se han elevado ligeramente las cuantías para apelación (42).

5. *Derecho internacional privado y Derecho de la reunificación*: Finalmente durante este período han entrado en vigor varios acuerdos internacionales en el ámbito del Derecho internacional privado (IPR) y del Derecho de la reunificación. Se trata de los siguientes: La Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19-6-1980; desde el 1-4-1991 ha entrado en vigor (las normas del Convenio se han incorporado a la Ley de introducción al BGB que contiene las normas de Derecho internacional privado). El Tratado de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11-4-1980; se aplica en Alemania desde el 1-12-1991 y sustituye al Tratado de La Haya. El Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores así como el restablecimiento de dicha custodia, de 20-5-1980, que entró en vigor el 1-12-1991. (El Acuerdo de La Haya sobre aspectos jurídico-civiles en caso de secuestro internacional de menores de 20-10-1980 rige igualmente en Alemania desde el 1-12-1990). El Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27-9-1968 está en vigor en Alemania desde el 1-11-1994, en la redacción del tercer Convenio de adhesión de Donostia/San Sebastián. Finalmente, también rige en Alemania desde el 1-3-1995 el Convenio paralelo de Lugano.

II. JURISPRUDENCIA

Entre las muchas resoluciones que en este tiempo se han producido en el ámbito civil, se han seleccionado unas cuantas entre las que se encuentran no sólo sentencias del Tribunal Supremo, sino también del Tribunal Constitucional.

(41) BGBl. I, p. 50, en vigor desde el 1-3-1993.

(42) En la doctrina, KISSEL, en NJW 1993, pp. 489 ss. HANSENS, en NJW 1993, pp. 493 y ss.; MARKWARDT, en MDR (Monatschrift für deutsches Recht) 1993, pp. 189 y ss.

1. *Miembros de la familia como garantía personal del crédito.* Desde hace unos diez años, los jueces de lo civil se han tenido que ocupar en repetidas ocasiones de supuestos en los que jóvenes adultos se hablan endeudado de forma importante, pues, aunque no disponían de ingresos propios o siendo éstos muy reducidos, se habían obligado como fiadores de préstamos bancarios concedidos a sus padres. Por regla general, estas personas no eran conscientes del riesgo que estaban asumiendo al estampar su firma al pie de las condiciones generales del contrato de fianza formuladas por el Banco. Tampoco se les ofreció aclaración alguna. El Tribunal Supremo ha mantenido de forma constante la validez de estas fianzas, de lo que ya dimos cuenta en el anterior informe (43). Pero esta jurisprudencia ha sido corregida por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, a través de unos Fundamentos de Derecho muy extensos, ha sentenciado que la autonomía privada que garantiza la Constitución (artículo 2 I GG) así como el Principio del Estado social (artículo 20 I, 28 I GG) obligan a los jueces a controlar el contenido de tales contratos, habida cuenta del límite que representan las buenas costumbres en el parágrafo 138 del BGB y por el principio de buena fe del parágrafo 242 BGB. Son contratos en los que una de las partes sufre un fuerte gravamen, del todo inusual, y que son fruto de un poder de negociación estructuralmente desigual (44). Con esta argumentación declaró la nulidad del contrato de fianza celebrado por un joven que, disponiendo de bajos ingresos, había afianzado el crédito concedido a su padre para fines profesionales de más de 100.000 marcos, crédito en cuyo pago el fiador no tenía ningún interés personal. En cambio, la fianza que presta una mujer por el crédito al consumo de 30.000 marcos que había solicitado su marido y en el que además tenía ella un interés económico propio, no merece ninguna reserva desde el punto de vista constitucional. Entretanto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar esta doctrina del Tribunal Constitucional (45).

2. *Derecho de posesión del inquilino como titularidad dominical.* En un informe anterior se dio cuenta de la última jurisprudencia sobre los presupuestos de denuncia de contratos de inquilinato (palabra clave: necesidad propia). Sin embargo, con motivo de un supuesto nada espectacular de «necesidad propia», el Tribunal Constitucional ha

(43) ADC 1992, p. 226.

(44) STC 19-10-1993, en NJW 1994, p. 36.

(45) BGH, Sentencia de 24-2-1994, en NJW 1994, p. 1278; BGH 24-2-1994, en NJW 1994, p. 1341 (en ambos casos se declaró contraria a las buenas costumbres la fianza otorgada por hijos profesionalmente inexpertos); v. también BGH 26-4-1994, en NJW 1994, p. 1726, referido a asunción de deuda por un pariente próximo.

ofrecido un fundamento constitucional totalmente innovador para apoyar los derechos del arrendatario (46).

Hasta ahora, en la confrontación de intereses entre inquilino y arrendador había que considerar, a favor del arrendador, el derecho de propiedad que la Constitución reconoce en el art. 14. Los intereses del inquilino entraban en la escena constitucional en un segundo momento, cuando se tenía además en cuenta la función social de dicha propiedad (47). Pero en una reciente y muy polémica decisión (48), el Tribunal Constitucional ha declarado que también los derechos del inquilino merecen una protección dominical según el art. 14 GG. El Tribunal basa su argumentación en que la vivienda constituye el lugar donde se desarrolla la vida privada del individuo. Su uso sirve a la satisfacción de necesidades vitales elementales y es imprescindible para asegurar la libertad y el desarrollo de la personalidad. En estas circunstancias, puede decirse que la posesión del inquilino cumple las funciones que se asignan de forma típica a la propiedad. Además, esta importancia fundamental de la posición jurídica del inquilino ya se ha tenido en cuenta desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, a través de su protección posesoria). Del Art. 14 GG se deriva para el legislador el deber de fijar el contenido de ambas posiciones dominicales, delimitando sus ámbitos respectivos de manera que resulten salvaguardados los intereses de ambos. En el caso concreto que se resolvía, el Tribunal estimó que dicha meta se había alcanzado.

Esta decisión del Tribunal Constitucional puede obedecer a un motivo de política jurídica: se desea reforzar el derecho del arrendatario, elevándolo desde el plano meramente obligatorio a un nivel equivalente al del arrendador. La protección del inquilino a través de legislación y jurisprudencia, que ciertamente se encontraba en crisis a la vista del respaldo constitucional con que cuenta el arrendador, se refuerza con cada una de las reformas de la posición del arrendatario y desde esta sentencia del Constitucional cuenta con un importante apoyo para su defensa. Queda por ver las consecuencias que esta resolución habrá de tener para la dogmática constitucional referida en particular al art. 14, que ya era en este sentido el Derecho fundamental más discutido.

3. *Indemnización por nacimiento no deseado.* En los últimos años los Jueces se han visto obligados en repetidas ocasiones a decidir si la persona responsable de un nacimiento indeseado debe o no indemnizar a quienes estén obligados a mantener al menor. La cuestión se plantea cuando una esterilización, realizada dentro de una planificación familiar, resulta fallida, o un aborto consentido no consigue el resultado deseado. En otros casos, los padres habían recibido información errónea

(46) STC 26-5-1993, en NJW 1993, p. 2035.

(47) Cfr. en este sentido, BVerfGE, STC 18, 121 (131); 79, 292 (302 y ss.).

(48) Muy crítico, v. DEPENHEUER, en NJW 1993, p. 2561 y ss.; ROELLECKE, en JZ 1995, p. 74 y ss.

sobre los daños fatales que podría sufrir su hijo o el riesgo de minusvalías, que en el caso les había hecho desistir del aborto o, decidirse por un embarazo. El Tribunal Supremo ha venido reconociendo a los padres una indemnización comprensiva de los gastos de mantenimiento y a cargo del médico responsable o, en su caso, titular del centro hospitalario, siempre que el contrato médico o terapéutico hubiere expresamente contemplado las cargas financieras que un nacimiento supone. En este último aspecto, los requisitos exigidos por el Tribunal hasta ahora han sido fácilmente probables (49).

Con motivo de una resolución de mayo de 1993 sobre la nueva regulación legal del aborto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre el tema de estas indemnizaciones (50). El cumplimiento defectuoso de obligaciones de asesoramiento y asistencia médica debe sin duda conducir a sanciones contractuales y extracontractuales. La protección de la dignidad humana, de acuerdo con la Constitución, impide, sin embargo, que la existencia de un niño pueda calificarse jurídicamente como el fundamento de una indemnización. El principio de respeto del hombre a su propia voluntad no permite que el deber de mantener a un hijo pueda considerarse como un daño. En consecuencia, la Jurisprudencia civil a este respecto debe corregirse (51).

El Tribunal Supremo ha seguido manteniendo no obstante la misma postura tras esta decisión del Constitucional. En noviembre del mismo año ha sentenciado que un médico debe responder por negligente incumplimiento de sus obligaciones cuando el contrato de asesoramiento y asistencia tenía precisamente como finalidad evitar un nacimiento (52). No es la existencia del menor la causa del daño, sino el deber de mantenimiento en cuanto saldo negativo en la balanza patrimonial. La determinación del pasivo que esta carga representa en la balanza patrimonial es una operación matemática moralmente neutra que no supone una valoración negativa respecto a la existencia del hijo. Aunque el hijo sea deseado, su mantenimiento supone sin duda una carga para el patrimonio de sus padres, sin que tal apreciación tenga consecuencias negativas para el niño (53). Al contrario, el alivio económico que los padres obtienen a través de la indemnización puede favorecer al menor y mejorar la situación.

En último término, sigue razonando el Tribunal Supremo, la afirmación de esta responsabilidad no es más que la reacción jurídica necesaria a los progresos de la medicina relacionada con la procreación así como la influencia y el control que en tal ámbito se han reservado

(49) V. abundante jurisprudencia en *BGH*, en *NJW* 1994, pp. 788 (790).

(50) *BVerfG* (STC), en *NJW* 1993, pp. 1751, 1764.

(51) *BVerfG* (STC), en *NJW* 1993, pp. 1751, 1764.

(52) *BGH*, 16-11-1993, en *NJW* 1994, p. 788.

(53) *BGH*, en *NJW* 1994, p. 788, 79.

los médicos. El Derecho civil debe tener una reacción adecuada a tales circunstancias. Si los médicos han asumido totalmente el control de estas situaciones y tales competencias no se estiman ser contrarias a la dignidad humana, tampoco puede este argumento impedir las consecuencias jurídico-civiles que han de seguirse cuando el control fracasa por causas imputables a los médicos (54).

Traducido por Isabel González Pacanowska
Universidad de Murcia

(54) BGH, en NJW 1994, p. 788, 792.

La multipropiedad en la República Federal de Alemania. Doctrina y Práctica (*) (**)

LUIS FAJARDO LÓPEZ

INTRODUCCION

Este artículo se ha realizado desde la preocupación y con el trasfondo de una futura ley española que regule la multipropiedad (1), o solución al menos los problemas que a la hora de definir los contornos de este derecho se plantean. Creemos que no está de más en un momento tal, el reflexionar sobre las soluciones jurídico-prácticas que se plantean en otros sistemas jurídicos afines al nuestro. Se han procurado

(*) *A mi madre y a mi padre; Luis y Blanca*

(**) Bibliografía y Jurisprudencia (pp. 285 y 286).

(1) Nos referimos en este artículo indistintamente a «multipropiedad» y a «tiempo compartido», como fenómeno jurídico-social. Nótese sin embargo que la primera expresión parece dar la idea de propiedad, por tanto de un nuevo derecho real, o de una nueva configuración de este derecho (comunidad en multipropiedad). De la misma forma la expresión «tiempo compartido», o *Time-sharing* (en adelante usaré la palabra inglesa en su versión alemana: *Time-Sharing*), nos lleva a pensar más en un negocio con efectos únicamente obligatorios; y la expresión «multipropiedad» parece darnos la idea de pertenecer al campo de los derechos reales. Dicha distinción puede admitirse sin necesidad de pronunciarse por uno u otro modelo de configurar esta nueva figura. Aquí sólo se pretende describir las distintas formulaciones de la misma en Alemania. En pura teoría podría además admitirse la validez y autonomía de ambos modelos; aunque en la práctica la regulación de uno se remitirá siempre a la del otro (sobre todo la configuración real a la puramente personal, pues los vínculos que se desarrollan en aquél abarcan muchos aspectos regulados en ésta).

evitar las opiniones personales sobre las cuestiones tratadas, ser descriptivo, buscando claridad en la exposición. No se trata pues tanto de un artículo de opinión, como de información acerca del estatuto jurídico y del estado de la doctrina sobre este novedoso problema jurídico-social en Alemania. Para un estudio más detallado remitimos a la bibliografía alemana que encabeza este escrito (véase nota *) y, en especial, a la obra de Gralka. Una buena esquematización, seguida en parte aquí, se encuentra en Martinek (2).

Es frecuente al hablar del fenómeno de la multipropiedad, *time-sharing*, o de la propiedad en tiempo compartido, el hacer referencia al derecho francés, inglés, norteamericano e italiano; y, en algunos casos, al portugués o al griego. Extraña sin embargo el desconocimiento que en este terreno se tiene del derecho alemán (3). Ciertamente es que no es ésta una cuestión polémica entre los juristas de dicho país, pero ello no quiere decir ni que la desconozcan dogmáticamente (4), ni que no exista en su práctica jurídica este fenómeno (5).

La peculiaridad alemana, desde el punto de vista económico, es que no es un objetivo turístico importante, por lo que en la mayoría de los contratos de multipropiedad celebrados por súbditos alemanes interviene un elemento de extranjería. Al ser uno de ellos la ubicación del inmueble, el derecho aplicable en la mayoría de los casos es un derecho

(2) Para una aproximación a los problemas de la multipropiedad en Suiza se recomienda la obra de SCHALCH, Stefan, *Timesharing an Ferienimmobilien*, Zurich, ed. Schultess Polygraphischer Verlag, 1989; para Austria, la colectiva dirigida por WALDMANN, Ludwig, *Time-Sharing von Ferienwohnrechten*, Viena, Bad Ischl, ed. Rudolf Wimmer Verlag, 1990; otras publicaciones alemanas son: HILDENBRAND, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis», *NJW*, 1994, 1992, 1996; KOHLHEPP, *Teilzeiteigentum am Ferienwohnungen*, 1989; SCHOBER, «Internationales Time-Sharing von Wohnungen», *DB* 1985, 1513, 1520; SOMMER, «Die steuerliche Behandlung von Ferienwohnrechten», *BB* 1988, separata 14; *vid.* también SCHOMERUS, *cit. infra*, nota 6.

(3) Limitado a brevísimas menciones: BENITO ARENAS, J. A., «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en derecho comparado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 165, marzo-abril 1993; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad*, 1987, p. 88.

(4) Buen ejemplo de ello es la reciente bibliografía y jurisprudencia que se adjunta.

(5) De lo cual da fe la existencia de empresas de marketing como la *Time Sharing Holiday Touristik-Vertriebs- und Services GmbH* de Munich, la *Wander Touristik GmbH* de Frankfurt; o las propietarias, que suelen realizar su propio marketing, *Arinal GmbH* de Kempten, o *Inter Holiday (Hoch & Prissner oHG)* de Schleiden-Gemund, que además realiza el marketing en Alemania para promotoras extranjeras; la *Deutscher Time-Sharing-Verband*, con sede en Bonn, y que es una de las típicas asociaciones «para la defensa del consumidor» creadas y controladas por los fabricantes del producto frente al que se desea proteger. Es de señalar también la implantación en Alemania de multinacionales como RCI.

extranjero (6). Ello no obstante, en otras ocasiones el negocio jurídico de adquisición se realiza conforme al derecho alemán, entre empresas y consumidores de esta nacionalidad, y sobre fincas sitas en dicho país. Si bien desde el punto de vista económico la cuestión no presenta, por su escaso volumen, mayor interés, no puede decirse lo mismo desde el plano estrictamente jurídico, desde el que (sobre todo en los países con cierta influencia germánica, como es nuestro caso) las soluciones prácticas allí adoptadas pueden servir de ejemplo y reflexión a nuestra doctrina. No es otro el objetivo de este modesto compendio sobre la figura de la multipropiedad en Alemania.

LA FORMULACION JURIDICA DEL TIME-SHARING:

Como un negocio jurídico personal con ciertos efectos reales:

La primera y más simple de las configuraciones jurídicas de este fenómeno es tratarlo como un derecho personal (*Forderungsrecht*). La discusión se centra entonces en su naturaleza jurídica como contrato de viajes (*Reisevertrag*), de hospedaje (*Beherbergungsvertrag*), o de arrendamiento (en el sentido tanto de *Pacht-* como de *Mietvertrag* (7)). Se considera que una configuración tal de la multipropiedad deja intacto el espíritu de estos negocios, debiendo únicamente modificarse cuestiones referentes a los plazos y duraciones normales de los mismos (8).

(6) Así no son de extrañar trabajos como el de BOHMER, Martin, *Das deutsche Internationale Privatrecht des Timesharing*, 1993; o el más general, y preocupado sobre todo por cuestiones de derecho del consumo, de LANGE, Dirk, *Haustürgeschäfte deutscher Spanienurlauber nach spanischem Recht*, ed. Hartung-Gorre, Konstanz, 1993. Últimamente, SCHOMERUS, Andreas, «Time-Sharing-Verträge in Spanien im Lichte der EG-Richtlinie über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien» (Contratos de *timesharing* en España, a la luz de la directiva comunitaria sobre adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido), *NJW*, Alicante, 1995, 359, cuyo comienzo que transcribimos nos sirve para recalcar la preocupación que sobre esta figura se está despertando en Alemania: «La multipropiedad no sólo se ha puesto de moda, sino que ocupa crecientemente la práctica jurídica, y en especial los contratos con elementos de extranjería, muy especialmente con España [...]».

(7) *Vid.* GRALKA, P., *Time-Sharing bei Ferienhäusern und Ferienwohnungen*, pp. 75 y ss., Colonia, Berlín, Bonn, Munich, ed. Heymann, *cit.* en adelante como GRALKA.

(8) *Vid.* también en este sentido la obra colectiva *op. cit.*, por MARTINEK, p. 267.

Las críticas a su asimilación al **contrato de viajes** regulado por los parágrafos 651a y ss. del BGB, se centran en la desmedida importancia de los servicios del contrato de multipropiedad, frente a la primordial relevancia del transporte en éste; así como en la exigencia de «unidad de los servicios [del contrato] de viaje» que impone el BGB, frente a la frecuencia alternativa en los de *Time-Sharing*.

El **contrato de hospedaje**, a pesar de no tener una regulación específica y completa en el BGB, encuentra en el código, tal y como ocurre en nuestro derecho, normas (p. ej. 701 BGB y 1783 Cc.) que permiten hablar de éste como uno de los tipos contractuales del derecho civil. GRALKA considera que la calificación del *Time-Sharing* como contrato de hospedaje ha de producirse en la mayoría de los casos en que se articula el negocio sobre derechos de carácter personal. Se tienen entonces que aplicar en lo fundamental, los parágrafos relativos al contrato de arrendamiento (por expreso mandato del § 580 BGB) (9) dada la escasa regulación del contrato de hospedaje. Así, en virtud del § 566, frase 1.^a BGB, es exigible la forma escrita (contratos superiores a un año); los vicios ocultos y demás posibles defectos de la vivienda se perseguirán, en opinión de este autor, por los §§ 537 y ss. BGB (10). Siempre subsiste, sin embargo, la responsabilidad de los parágrafos 651c y ss. BGB (11), derivada de la similitud de la multipropiedad al contrato de viaje (12).

En su caracterización como **arrendamiento** se discute si se acerca más a la definición del 581 párr. 1.º BGB (*Pacht*), o a la del 535, frase 1.^a BGB (*Miete*). Mientras que en la primera el objeto del negocio se extiende a los frutos (§ 99 BGB), la segunda hace referencia exclusivamente al uso de la cosa arrendada («Gebrauch der vermieteten Sache»).

Como un negocio jurídico con efectos dominicales:

Una de las polémicas más interesantes, tal vez por sus posibles repercusiones prácticas entre nosotros, las suscitan sin duda los intentos

(9) El § 580 BGB, sobre alquiler de espacios, dice: «Las normas sobre alquiler de inmuebles son también válidas, en tanto no se determine otra cosa, para el alquiler de espacios destinados a vivienda [Wohnräumen] y otros espacios [Raumen]». Este párrafo es interpretado en el sentido de considerar la normativa del contrato de arrendamiento como subsidiaria de todo tipo de negocios asimilables al mismo.

(10) Los parágrafos 537 y ss. BGB son similares a nuestros 1556 y 1580 Cc., Si bien este último no limitado a los arrendamientos urbanos, sino aplicable a todo tipo de arrendamientos, y sin referencia a pacto ni costumbre alguna, en la línea de nuestra jurisprudencia (Ss. de 7 de febrero de 1920, 20 de octubre de 1949 y 9 de marzo de 1964): el arrendatario podrá ordenar las reparaciones y repetir contra el arrendador (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^a ed., p. 420).

(11) *Vid. infra* bajo la rúbrica «Otras cuestiones de interés», apdo. 1, donde se explica el contenido de estos artículos.

(12) GRALKA, *op. cit.*, p. 91.

de configurar la multipropiedad como derecho real y, en especial, como un derecho de propiedad especial. Ello nos hará plantearnos, entre otras cosas, el papel de nuestro mayoritariamente admitido principio de *numerus apertus*. Siendo así que en Alemania juega el principio contrario, y que la propiedad se define como un dominio absoluto y sin límites (a salvo, obvio es decirlo, los que la propia ley impone), § 903 BGB, no es posible establecer un criterio extralegal limitador de la misma, como lo es el tiempo (13).

Los primeros intentos en este sentido pretenden organizar la multipropiedad sobre la base de una **comunidad de corte germánico** conforme a los parágrafos 741 y 1008 BGB (14). Los copropietarios (*Miteigentümer*) poseen una **cuota ideal** (*ideellen Bruchteil*) del terreno y la edificación sobre él realizada (§§ 93 y 94 BGB) (15); es decir: que la cuota se refiere a un derecho de propiedad sobre un todo inseparable (*Grundstückeigentum*), compuesto por terreno y edificación. Para la adquisición de la propiedad es requisito necesario, dada la nítida distinción que en derecho alemán se establece entre efectos personales y reales de un contrato, la inscripción del derecho de propiedad de la comunidad en el Registro de la Propiedad (873 y 925 BGB) (16).

(13) Lo que nos remite a la reflexión sobre el negocio jurídico y los límites de la autonomía de la voluntad en la creación y configuración de derechos reales. *Vid.* entre nosotros (los alemanes distinguen claramente entre efectos personales y reales del negocio jurídico) en este sentido el trabajo del prof. DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», *Libro-homenaje a D. Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. II, pp. 299-330, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.

(14) Que consideran éste como el régimen comunitario habitual o subsidiario, existente cuando la ley no imponga otro.

(15) Los parágrafos 93 y 94 BGB prohíben establecer un derecho sobre una parte esencial [wesentliche] de una cosa indivisible (la «esencialidad» juega como criterio de indivisibilidad). Una edificación es un elemento «esencial» del terreno sobre el que se haya. Cosas divisibles e indivisibles, principales y accesorias; análogos a nuestros 376 y, salvando las distancias, 401.1.º Cc.

(16) El contenido de estos parágrafos es el siguiente:

§ 873, sobre adquisición a través del acuerdo traslativo (Einigung) e inscripción (Eintragung): «(1) En tanto la ley no prescriba otra cosa, para la transmisión de la propiedad sobre un inmueble; para cargar un inmueble con un derecho; así como para la transmisión o carga de tales derechos, es necesario el acuerdo traslativo de aquél en quien recae el derecho [Berechtigten] y de la otra parte, referente al comienzo [Eintritt] de la modificación jurídica; así como la inscripción de la modificación jurídica en el Registro», y;

§ 925, sobre la «Auflassung»: «(1) El acuerdo traslativo [Einigung] de transmitente y adquirente requerido por el § 873 para la transmisión de un inmueble (manifestación pública del acuerdo traslativo [Auflassung]) ha de ser formulada con la presencia simultánea de ambas partes ante un órgano [Stelle] competente. Todo notario, sin perjuicio de la competencia de otros órganos, es competente para la recepción [Entgegennahme] de la manifestación pública del acuerdo traslativo. La manifestación pública del acuerdo traslativo puede también ser formulada en una transacción judicial [in einem gerichtlichen Vergleich].

«(2) Las manifestaciones públicas del acuerdo traslativo realizadas bajo condición o plazo son ineficaces [unwirksam]».

Las posteriores ventas pueden realizarse en virtud de la autorización del 747 BGB (17), por la técnica que consiste en la simple adscripción al nuevo adquirente de parte de la cuota que le correspondía al promotor. La regulación de los usos espacio-temporales que le corresponden a cada copropietario se contiene en los pactos (de naturaleza únicamente personal) sobre utilización y administración del bien (*Benutzungs- und Verwaltungsordnung*) que permiten los párrafos 745 párrafo 1 y 749 párrafo 2, y que tras su inscripción en el Registro resulta obligatorio frente a los futuros adquirentes (§ 1010.1 BGB), pero no frente a otros terceros (18). El sistema parece cojear, como en España, por el derecho a pedir la disolución que tiene todo comunero. Resulta interesante comparar el precepto que esto impone, con sus análogos españoles (arts. 400 y 401 Cc., y §§ 749.1 y 2 BGB): dice la ley alemana que «todo comunero podrá pedir en cualquier tiempo la división de la comunidad», derecho que queda matizado en el segundo párrafo y que dice, que si se hubiese renunciado a este derecho, sea por tiempo determinado o para siempre, podrá no obstante solicitarse la disolución si media una causa importante («wenn ein wichtiger Grund vorliegt»). La determinación de estas causas en el ámbito de la multipropiedad, y no la posibilidad o no de prohibir la división, sería, a lo sumo, la cuestión a debatir en la doctrina alemana. ¿Puede existir una razón tan importante que permita la disolución de la comunidad en «beneficio» (?) de uno solo de los comuneros? Mejor dicho: ¿Es el valor del bien en su conjunto superior a la suma de los valores de las cuotas comunitarias? La visión alemana parece dar un nuevo argumento a la tesis que considera que nuestro artículo 400 «sólo sería imperativo en la medida en que (...) la comunidad [sea] una situación desventajosa y que los condueños [necesiten] la acción de división para evitar los inconvenientes derivados de la cotitularidad», y que dicho artículo no viene limitado «sólo por el artículo 401 y otros preceptos, sino (...) ante todo (...) por la *ratio* del precepto» (19).

(17) El párrafo 747 BGB, sobre disposición de las cuotas, dice : «Cada comunero [Teilhaber] puede disponer de su cuota. Sobre el objeto común [gemeinschaftlichen Gegenstand] en su conjunto sólo pueden disponer los comuneros mancomunadamente [gemeinschaftlich verfügen]».

(18) SCHAAFF admite sólo la posibilidad de una comunidad tal, por lo que las normas que regulen la comunidad de multipropietarios son —dice aquélla— las contempladas en el § 1010 BGB, y no las de los párrafos 15 y 21 WEG.

GRALKA, pp. 20 y ss., se pregunta además, y entre otras cosas, si es posible un control del contenido de las condiciones generales de la contratación a estos pactos de naturaleza personal -no real. No le plantea dudas la aplicabilidad del artículo 2 de la ley especial que regula estas cláusulas (AGBG), y que impone el control de inclusión de las mismas (criterios de justicia con base en la posibilidad de conocimiento de las mismas por el adherente), p. 22. *Vide infra* nota 30.

(19) MIQUEL, Jose M.^a, *Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad*, Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid. 1987.

Un modelo de configurar la multipropiedad muy extendido por los países de habla germánica es el conocido bajo la denominación de «*Oberstdorfer Modell*» (20). Consiste en constituir una comunidad en propiedad horizontal sobre la que se organiza la asignación de los correspondientes espacios temporales de disfrute. Dicha asignación se realiza creando una comunidad de corte germánico, como la señalada más arriba, sobre cada uno de los apartamentos o unidades previamente separados mediante división horizontal; nunca, como se ha mantenido, mediante acuerdo entre los copropietarios, miembros de la comunidad horizontal, al amparo del párrafo 3.1.º de la WEG (ley de propiedad horizontal alemana), ni por el promotor en virtud del § 8, o de los párrafos 15 y 21 de ese mismo cuerpo legal. En todos esos casos se tropezaría con la definición como «dominio absoluto» que del derecho de propiedad realiza el § 903 BGB. La división en unidades de tiempo habrá de realizarse al amparo de los párrafos 1010, 745 párrafo 1.º, y 749 párrafo 2.º BGB (21). En este punto estuvo dividida la doctrina, al no admitirse por algunos la configuración de una comunidad germánica por cuotas ideales sobre la comunidad de propietarios de la WEG (22), mientras que para otros tal comunidad es premisa necesaria para poder estructurar la multipropiedad sobre una propiedad horizontal (23). En el «*Oberstdorfer Modell*» la representación de la *Bruchteilgemeinschaft* en las asambleas de propietarios en propiedad horizontal (*Wohnungseigentumsgemeinschaft*) tendrá que delegarse en una única persona, lo que acarrea problemas importantes, obviados por los promotores y que poco se tienen en cuenta en la práctica.

(20) SCHAFF, en ZIP, 1984, p. 912, considera éste impracticable cuando de un gran volumen de multipropietarios se trata, con múltiples traspasos de la propiedad, por lo que parece apostar por el modelo societario.

(21) El contenido de dichos párrafos es:

§ 1010, sobre el sucesor [Sondernachfolger] de un comunero [Miteigentümer]: «(1) Teniendo los comuneros regulada la administración y utilización del inmueble, o limitado [ausgeschlossen] para siempre o en un determinado plazo el derecho a pedir la disolución de la comunidad, serán válidas dichas determinaciones para el sucesor de un comunero, cuando se hayan inscrito en el Registro como cargas de la cuota».

«(2) Las acciones reguladas en los §§ 755 y 756 [satisfacción de deudas derivadas de obligaciones entre comuneros] pueden hacerse valer frente al sucesor de un comunero cuando hayan sido inscritas en el Registro».

El párrafo 745, en su párrafo 1.º, dice que podrá regularse la administración y el uso del inmueble por mayoría de los comuneros, en función de la proporción de sus cuotas. El párrafo 2.º del § 749, por su parte, permite prohibir a los comuneros el ejercicio de la acción de división de la comunidad.

(22) En este sentido, por todos, BARMANN, *WEG-Kommentar*, 1. Aufl., 1951, Anm. 7 zu § 3., opinión abandonada en su artículo aparecido en *NJW*, 1960, p. 295.

(23) SCHÖBER, Bernd G., «Internationales Time-Sharing von Wohnungen», *Der Betrieb*, Heidelberg, 1985, pp. 1513 y ss.

Es también polémico el criterio para determinar si puede constituirse un *Wohnungseigentum* (derecho de propiedad sobre un piso) o si por el contrario sólo cabe la figura del *Teileigentum* (derecho de propiedad sobre cualquier otro espacio de una edificación) (24). Así, aunque la letra de la ley parece ser muy clara, y habla de la finalidad de utilizar o no el espacio para vivienda, esto es, para vivir (25); hay quien atiende únicamente a la configuración espacial (26), y así es condición necesaria para poder hablar de vivienda (siguiendo la interpretación del Ministerio de la Vivienda) el que ésta disponga de cocina. Ello plantea en no pocas ocasiones problemas, cuando lo que se quiere calificar es una habitación de un hotel: obviamente, cuando ésta se utiliza para su explotación comercial por medio de negocios turísticos, la calificación que ha de recibir será la de *Teileigentum*. Pero otra cosa parece que debe ser, cuando de lo que se trata es del uso turístico **que realiza directamente el propietario** para su exclusivo disfrute. La doctrina mayoritaria, que califica este último supuesto de *Wohnungseigentum*, plantea el problema del período de comienzo de la multipropiedad, cuando aún no todas las cuotas han sido vendidas. Es normal entonces que el promotor mantenga los apartamentos en explotación mediante alquiler turístico. Siguiendo el criterio que en caso de dualidad de finalidades se fija en aquella de mayor peso o intensidad, viene a afirmar Gralka que la multipropiedad, por el modelo *Oberstdorfer*, sólo puede constituirse sobre la base de un derecho de propiedad entendido como *Teileigentum*. Ello no es óbice, admite este autor, para que en un momento posterior puedan modificarse los asientos registrales y tornar este primitivo derecho en un derecho de *Wohnungseigentum* (27), siempre que se den las condiciones necesarias, pues es también posible que el promotor, pasado este período inicial, se reserve algunos de estos apartamentos, o algunas cuotas, para seguir realizando aquel tipo de negocios (28).

(24) La discusión tiene en Alemania otros parámetros, pero entre nosotros podría tener gran importancia práctica si se traslada al campo del arrendamiento. La magnitud de los efectos de tal distinción (local de negocio/vivienda) en España es clara (cfr. decidir entre aplicar la normativa sobre traspaso de local de negocio o la de cesión de vivienda). Recuérdese la importancia meridiana de las normas que regulan el arrendamiento para suplir las lagunas que la falta de regulación del contrato de utilización de inmueble en tiempo compartido (*timesharing*) crea. Ello es así en Alemania por expreso mandato legal. La falta en nuestro ordenamiento de tal norma no debiera ser óbice para poder mantener aquí la misma solución, pues las reglas de integración del sistema así nos lo piden.

(25) En este sentido BÄRMANN y PICK, *WEG-Kommentar*, § 1, Rz. 23; WEITNAUER, *WEG-Kommentar*, § 1, Rz. 6.

(26) Como RÖLL en *Münchener-Kommentar*, § 1 WEG, Rz. 2.

(27) PALANDT-BASSENGE, *Kommentar*, ed. 44, 1985, § 1 WEG, WEITNAUER, *WEG-Kommentar*, § 1 Rz. 6.

(28) A parte de los elementos privativos como bar, café, comedor, cuartos de juego, que como negocio suele reservarse el promotor (GRALKA, pp. 48-49).

En virtud del párrafo 4, párr. 3 WEG resulta de aplicación el 313, frase 1 BGB, que impone la necesidad de Escritura Pública («Notarische Beurkundung») para que pueda efectuarse la transmisión de la propiedad. Los §§ 459 y ss. BGB (responsabilidad por vicios) resultan también aplicables.

Lo dicho sobre la posibilidad de aplicar las normas que regulan las condiciones generales de la contratación (AGBG) a los pactos que en el modelo de multipropiedad construido sobre una propiedad en el fundo (*Grundstückeigentum*) y organizado mediante una comunidad germánica por cuotas ideales ordenan las relaciones entre los comuneros (29), puede decirse aquí referente a ese tipo de comunidad basado en la propiedad por pisos (*Wohnungseigentum*), y a sus reglas y estatutos. En el modelo *Oberstdorfer*, el adquirente de una cuota de la comunidad germánica entra, a diferencia del modelo anterior, a formar parte automáticamente (más aún: *ipso iure*) de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal de la WEG, y tiene que admitir la imposición de sus estatutos (debidamente inscritos en el Registro), que normalmente han sido redactados unilateralmente por el promotor del complejo que ahora se vende en régimen de multipropiedad. De ahí que la doctrina mayoritaria este aquí a favor de una aplicación analógica de las normas de control del contenido de la AGBG (30).

En este modelo los períodos de utilización se reparten anualmente, no estando por tanto predeterminados, y asignándose cada año en función de las reglas internas que en cada caso se pacten, y que suelen reconocer un sistema de puntos (31). Siempre se corre el riesgo del posible ejercicio de la acción de división por los acreedores de los comuneros en virtud de los §§ 751, fr. 2 BGB y 16, párr. 2 KO (normas concursales), a los que no afectan los acuerdos sociales en este punto (32).

Resulta curioso observar como en un sistema jurídico como el alemán, donde rige el principio de *numerus clausus*, no plantea mayor

(29) *Vid. supra* nota 18.

(30) GRALKA, p. 43; ULMER, BRANDER, HENSEN y HENSEN, Anh. §§ 9-11, Rdn. 965; PALANDT-HEINRICHS, § 1 AGBG, Anm. 2a; STEIN, Günther, *Die Inhaltsskontrolle formulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts*, Berlín, 1982, p. 62 ss.; ULMER, «AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern», *Festschrift Weitnauer*, 1980, pp. 205 ss.; WOLF, Manfred, y otros, *Kommentar zum AGB-Gesetz*, § 1, Rz. 9, y § 9, Rz. W 21. A favor de una aplicación no analógica sino directa de los preceptos de la ley de condiciones generales (AGBG) se pronuncia, por todos, KOTZ, *Münchener Kommentar*, § 1 AGBG, Rz. 4. En contra de la aplicabilidad de estas normas: PALANDT-BASSENGE, § 8 WEG, Anm. 1; BARMANN y PICK, § 8, Rz. 16. El enfoque de la protección de los consumidores de multipropiedad en el derecho alemán puede verse en HILDENBRANDT, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis», *NJW* 1995, 1992, 1996.

(31) GRALKA, *op. cit.*, p. 48.

(32) SCHOBBER, *op. cit.*, p. 1518 «ansonsten steht dieses Recht [die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen] jedem Berechtigten aus wichtigem Grund [como vimos antes *cfr.* § 749 Abs. 2 BGB] zu».

problema el admitir esta nueva figura. Ello nos hace reflexionar, si la multipropiedad no será más que una forma de comunidad, con unas especiales normas de funcionamiento, encajable en la tipología clásica de derechos reales.

Como un negocio jurídico con otros efectos reales:

Fuera del derecho de propiedad, recoge la doctrina y la práctica alemana la configuración de la multipropiedad como servidumbre, usufructo (33), habitación (34), servidumbre personal limitada, o carga real. Basándose en estudios sobre la naturaleza de estos derechos realizados por la doctrina (35), se niega en principio la posibilidad de establecer la multipropiedad sobre los dos primeros de los derechos enumerados. En el primero (servidumbre), por definirse en función de un fundo dominante, y por tanto en función de otro derecho real sobre otro fundo que en el caso que nos ocupa no existe; el segundo (usufructo), por implicar su naturaleza un derecho «omnicomprensivo» de uso («*umfassendes*» *Nutzungsrecht*) del inmueble que, debido a las limitaciones que impone el tiempo compartido, no es en nuestro caso «omnicomprensivo» ni mucho menos. Quienes han estudiado el Time-Sharing en Alemania reaccionan frente a esto con distintas argumentaciones: unos dicen que la limitación que se impone en este instituto al usufructo está amparada por el párrafo 1030.2 BGB (36), que permite la prohibición de determinados usos. Otros, en desacuerdo con la opinión anterior, consideran con la doctrina dominante que el 1030 no autoriza más que una limitación en la forma de uso de la cosa; esto es, en la finalidad que se le vaya a dar, pero no en el modo de uso, uno de cuyos elementos es el tiempo. Además, siguen diciendo estos últimos, los contornos de este instituto jurídico (permítasenos la expresión) no dejan mucho espacio para un derecho absoluto de uso. A pesar de ello no niegan totalmente la validez de este derecho para configurar la multipropiedad, siempre y cuando se otorgue éste a una comunidad de tipo germánico como las definidas para el derecho de propiedad (37). Ello, dicen, puede realizarse de dos formas: 1) o bien se le atribuye el usufructo sobre el fundo o sobre el inmueble en propiedad horizontal a

(33) Tenemos constancia de que ésta es la práctica habitual de empresas como *Inter Holiday*, que definen este derecho como un derecho de usufructo por treinta años.

(34) Vid. GRALKA, p. 54.

(35) SOERGEL-STÜRNER, *BGB-Kommentar*, 12.ª ed., 1989, § 1030, Rz. 9.

(36) FRÄNZER, *Time-Sharing von Ferienhäusern*, p. 108.

(37) GRALKA, p. 52, apoyándose en opiniones de (entre otros) PALANDT, BAUR y PETZOLD, y que admiten que la titularidad de este derecho la posea una comunidad tal.

la comunidad («Nießbrauchbestellung zu einem Bruchteil am Grundstück-Wohnungseigentum»), dividiéndolo éste por cuotas (usufructo por cuotas, «Quotennießbrauch»), o bien; 2) se le atribuye a la comunidad el usufructo del derecho de propiedad (como quiera que se haya configurado ésta) sobre el inmueble (Bruchteilgemeinschaft der Time-Sharing-Erwerber auf den Nießbrauch am Grundstück-Wohnungseigentum) (38). Estas cuestiones llevan en Alemania a la reflexión sobre los principios de publicidad y de *numerus clausus*, y de la hasta ahora limitación de la admisión de tipos jurídico-mixtos en el campo de los derechos reales, a pesar de las cuales se llega aquí a las mismas conclusiones (es más, alguno lo ha considerado un argumento más para llegar a estos resultados) (39).

Como **servidumbre personal limitada** mientras ciertos autores lo desaprueban por implicar la multipropiedad el despliegue de unos poderes que no pueden conferir una «relación para uso concreto», es decir, para una forma de uso especialmente limitada (40); otros lo consideran viable sólo para un tipo específico de estos derechos, como lo es el derecho de habitación (entendido como *Wohnungsrecht*) (41). Como **derecho de habitación especial** (*Dauerwohnrecht*) definido en el § 31 WEG, es comparado por la doctrina alemana a una servidumbre, pudiendo ser transmitido tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La titularidad del mismo puede corresponder a varias personas, que pasarían a constituir una comunidad de las de los §§ 741 y ss. BGB (*Bruchteilgemeinschaft*, germánica por cuotas ideales). La constitución de esta comunidad se producirá necesariamente para todos aquellos que consideren que no pueden existir dos o más derechos de habitación de los del 31 WEG sobre una misma vivienda (42), mientras que no será necesaria para los seguidores de la tesis contraria (43). Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG, «Oberlandesgericht») de Stuttgart (NJW, 1987, 2023), un apartamento no puede ser cargado con un derecho de habitación del 31 WEG dividido en períodos de ejercicio de una semana y limitado en el tiempo.

(38) GRALKA, p. 52.

(39) MARTINEK, M., *Moderne Vertragstypen*, vol. 3, 1993, p. 274. Esta obra es, por lo demás, un buen compendio del estado de la doctrina alemana sobre esta institución (pp. 259 a 286).

(40) GRALKA, p. 127. No es la limitación espacio-temporal lo que hace este derecho no apto para nuestras necesidades, sino la necesaria limitación de la manera de efectuar el uso, de las facultades de uso que éste implica.

(41) FRÄNZER, *op. cit.*, p. 127.

(42) BARMANN, PICK y MERLE, *WEG*, 6.ª ed., 1987, § 31, Rz. 52; SOERGEL-STÜRNER, *BGB-Kommentar*, 12.ª ed., 1989, § 31 WEG, Rz. 3.

(43) WEITNAUER, *WEG*, 7.ª ed., 1988, § 31, Rz. 3c.

Su articulación como **carga real** del 1105 y 1111 BGB es admitida sin reservas por algunos autores, y matizada por otros que niegan esta posibilidad cuando se excluya por completo todo uso que de la cosa pudiera hacer el propietario (44). En cualquier caso no es en absoluto la construcción ideal de la multipropiedad en este país. Ello no sólo por no ser posible en todos los Länder de la República Alemana (art. 115 Einführung Gesetz zum BGB), sino también por ser ésta una institución a caballo entre un derecho de uso y una garantía real, y de contornos por tanto poco nítidos (45).

Time-Sharing estructurado sobre una sociedad:

Los sistemas basados en modelos societarios se conocen en los países de lengua alemana como «Ferienfonds». La doctrina rechaza la fórmula de las AG (sociedad accionaria), y prefiere mayoritariamente la de la KAG (sociedad de inversión de capital). La evolución ha pasado de la duda en la aplicación de la KAGG (Ley de sociedades de inversión) a los «Ferienfonds» (46) hasta su negación; convirtiéndose los mismos en una forma de disminuir la presión fiscal, al no poderse considerar los dividendos (puntos de derecho a vacaciones) de las acciones como réditos del capital; para recientemente (sentencias de la *Bundesfinanzhof* de 16 de diciembre de 1992, y de 26 de agosto de 1993) negar esta posibilidad, calificando ese Tribunal Federal los *Ferienpunkte* como puntos **valorables económicamente**, y por tanto a considerar réditos del capital (47), considerando finalmente aplicables las leyes citadas (al menos en lo tocante a materia fiscal).

La KAGG no se aplicará cuando la sociedad posea un único complejo, pues entonces puede entenderse que estamos ante unos «fondos de inversión inmobiliaria cerrados (o restringidos)» (*geschlossene Immobilienfonds*), cuando la ley en su redacción de 1969 sólo admite su aplicación a las «inversiones inmobiliarias abiertas», *offene Immobilienfonds* (anteriormente la negaba para ambos), que son aquellas en las que, entre otros requisitos, la sociedad es propietaria de más de diez bienes inmuebles. Para que los preceptos protectores de la KAGG sean

(44) A favor GRALKA, p. 60 y ss.; con la objeción señalada FRÄNZER, p. 138 y ss.

(45) MARTINEK, p. 275.

(46) Afirmado por la doctrina desde BAUR, Jürgen, *Investmentgesetze*, Berlín, 1970, p. 4; y negado por la jurisprudencia desde la sentencia del Tribunal Supremo Administrativo (BVerwG, *WM* 1981, 48), en SCHAAFF, p. 912, que la critica. FRÄNZER, p. 208 y ss. abunda en la tesis de la sentencia (contraria a SCHAAFF), diciendo que es materia para el legislador, como ha ocurrido en EE.UU., Francia y Portugal. Conjuntamente se pregunta la doctrina si a estas «inversiones» le son de aplicación las normas de la *AuslInvestmG* (Ley de Inversiones en el Extranjero).

(47) En este sentido se había pronunciado ya en 1989 LUCKOW, en *op. cit.*

de aplicación a la multipropiedad es necesario que los *Ferienfonds* sean considerados como un subtipo de los *Immobilienfonds*. Por tanto esta ley sería de aplicación sólo a las empresas de multipropiedad que incluyeran en dicha figura a más de diez inmuebles (*Grundstücken*) (48), pues si no se considerarían «fondos inmobiliarios cerrados», fuera del ámbito de aplicación por tanto de la KAGG. En cualquier caso será de aplicación, cuando los bienes estén en el extranjero —como de hecho suele ocurrir—, la ley de inversiones en el extranjero.

Si se rechaza la aplicación de la KAGG, lo que al menos hasta las citadas sentencias de la BFH era doctrina mayoritaria, queda para un aseguramiento real del accionista únicamente la anotación registral de la acción que le correspondería en caso de disolución de la sociedad.

La fiducia que suele otorgarse a un tercero, que ha de garantizar el traspaso de los derechos del promotor a los adquirentes, es en Alemania abiertamente criticada. El 771 ZPO (Ley de enjuiciamiento civil) y el 43 KO (Ley del procedimiento concursal) no ofrecen, en opinión de la doctrina, garantías suficientes. Éstos protegen, en su caso, al promotor, al otorgarle una acción de exclusión de la masa concursal del bien dado en fiducia. Pero en ningún caso a los adquirentes. SCHAAFF recomienda por ello, una vez vencidos los problemas nada claros para la aplicación de la KAGG, el reconducir estos casos a la frase 1 del 2.º párrafo del § 10 KAGG, y a la fr. 2, párr. 3, § 13 de la misma ley (todo tenedor de una acción puede pedir el canje de la misma por su valor; y el banco de depósito —léase la sociedad sobre la que se organiza la multipropiedad— puede, con autorización del organismo administrativo supervisor, negarse a realizar la liquidación y reparto de las acciones, y traspasar su administración a otra sociedad de inversión de capital). Creemos que existen suficientes argumentos que fundamentan hoy ya la tesis defendida en su momento por esta autora.

OTRAS CUESTIONES DE INTERES:

1.— La aplicación analógica de los artículos protectores propios del contrato de viaje (651c y ss. BGB) a la multipropiedad configurada como derecho personal o real, tiene amparo en cierta jurisprudencia de la corte suprema alemana (49), que equipara a estos efectos el contrato de viaje con el alquiler de una vivienda vacacional, cuando haya sido prometido cierto nivel de servicios que finalmente no se presta, o son defectuosamente cumplidos.

(48) FRÄNZER, p. 209.

(49) BGH, NJW, 1985, 906, admitiendo la aplicación analógica del §651 f BGB a los contratos sobre viviendas vacacionales (*Ferienhausvertrag*).

De ahí que esté amparado el derecho de reparación inmediata a cargo del promotor frente a cualquier problema que el multipropietario tenga en relación con su estancia vacacional (§ 651c.2). Este derecho de reparación se entiende como arreglo del servicio deficitariamente prestado (o no prestado en absoluto). En caso de negativa del promotor a la reparación en un plazo razonable que ha de señalar el multipropietario, podrá éste subsanar el problema y repetir contra el mismo. En caso de cumplimiento defectuoso, podrá reducir el pago en lo que corresponda. Para el cálculo de esta reducción se estará a la duración del vicio y a las normas generales del BGB (§ 472), dice el § 651d BGB. Frente a determinados vicios graves, y en cualquier caso cuando el cumplimiento de la prestación del promotor suponga **por la forma defectuosa en la que se realiza** molestias al multipropietario, así como cuando solicitada la reparación conforme al § 651c ésta no se produce en el plazo razonablemente otorgado (no suponiendo para el promotor un esfuerzo desmedido el realizar la reparación), en todos estos casos, podrá el multipropietario pedir la resolución del contrato (§ 651e BGB). Además podrá pedir las correspondientes indemnizaciones por incumplimiento o por cumplimiento indebido a tenor del 651f. Estas acciones prescriben al mes «de acabado el viaje», que debe entenderse como al mes de finalizado el período anual de utilización de la vivienda (50). No nos podemos extender aquí sobre la aplicabilidad de esta ley a contratos que tengan por objeto complejos situados en el extranjero cuando el comprador sea alemán, pero es de señalar la aplicación en esto del tratado de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma el 19 de junio de 1980, recientemente ratificado por España.

2.— La cuestión de la posible enajenación del complejo por el promotor, y los problemas que la buena fe registral pueden plantear aquí, en cuanto supone una gran inseguridad para los adquirentes de multipropiedad que no pueden acceder al registro (en especial los fundados en derechos personales), es planteada por la doctrina alemana, superada la lógica admisión de las acciones personales resarcitorias e indemnizatorias, en términos de aplicabilidad o no del § 571 BGB a estas relaciones. Dicho parágrafo viene a negar el principio «venta quita renta» (51), admitiendo que cuando se transmita la propiedad sobre un bien inmueble existiendo un arrendamiento, el adquirente estará obligado a soportar el mismo (52). El § 580 por otro lado, propugna la aplicación

(50) MARTINEK, pp. 281 y ss.

(51) Admitido con carácter general entre nosotros, con la excepción de los arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad (nótese que la actual LAU, que reformó el 2.5.º LH, permite la inscripción de todo tipo de arrendamientos, subarrendos y cesiones sometidos a dicha ley).

(52) En Alemania rige el principio de venta no quita renta, con la importante excepción de los procedimientos de ejecución forzosa, para garantizar el valor del bien subastado. Vgl. § 571 BGB con 1571 Cc.

de las normas del arrendamiento a todos los contratos que puedan a él asimilarse. Ello parece abogar por una aplicación analógica del § 571 al caso de la multipropiedad constituida sobre derechos de crédito (53). Sin embargo la mayoría de la doctrina (54), aún considerando que en el contrato de multipropiedad existen elementos del arrendamiento, recuerdan que el peso del mismo yace sobre los servicios (no cabe replicar en Alemania con el arrendamiento de servicios para reconducir la figura al arrendamiento: cuando hablan de *Mietvertrag* se refieren exclusivamente al arrendamiento de cosas, y sólo a él hace referencia el 571). Con esta argumentación niegan la aplicación de tan favorable artículo, y sólo admiten la aplicación de determinadas ventajas procesales que le otorgan parágrafos análogos (§§ 57 y ss. ZVG —Ley de subasta y ejecución forzosa— para el caso de subasta pública del bien).

3.— La transmisibilidad de los distintos derechos bajo los que puede ampararse el *Time-Sharing*, si bien no se diferencia en mucho del sistema español (55), sí merece al menos una breve mención: Tanto en las figuras puramente personales, como en las jurídico-reales, la transmisión *mortis causa* sigue las reglas comunes del § 1922 BGB. En la primera de dichas configuraciones, la enajenación *inter vivos* se produce a tenor del § 398 BGB. Es interesante señalar aquí que el supuesto de que el promotor se reserve contractualmente el derecho a confirmar el traspaso propuesto por el adquirente de multipropiedad, está amparado por la norma del § 415, 1.º BGB. El derecho de subarriendo está reconocido por la doctrina (56), y, para determinadas situaciones, también por la ley (§ 13.1 WEG). La enajenación del derecho configurado como derecho real se realiza en virtud de las siguientes normas: § 747 para la copropiedad; § 12.1 WEG para la propiedad horizontal; § 33.1 y § 37.2 WEG para el *Dauernutzungsrecht* (derecho de habitación). La transmisión del usufructo no está permitida por la ley (§§ 1059 y 1061 BGB), aunque algunos autores apuntan la solución de establecer una obligación de carácter personal con el promotor, en el sentido de que éste constituya un nuevo usufructo a instancias del multipropietario (57). Para

(53) En este sentido GRALKA, pp. 87 y ss.

(54) FRÄNZER, pp. 59 y 60; KOLHEPP, pp. 143 y ss.; MARTINEK, p. 284.

(55) Obviamente no nos referimos a la forma de transmisión (y nos ceñimos aquí a los derechos reales). No se olvide que en Alemania rige el principio de abstracción, de transmisión de los derechos reales por inscripción (constitutiva, por tanto), frente a la teoría del título y el modo vigente entre nosotros; distinción que alguna diferencia debe comportar, aunque algunos la simplifiquen al hacer del 1462, párrafo 2.º Cc. la única forma de tradición genuina, degradando —al olvidar el elemento espiritual de la *traditio*— las demás que cita el código, y contrariamente a la STS de 20 de octubre de 1989, que no considera los artículos 1462 y ss. como una lista cerrada.

(56) GRALKA, p. 84 y ss.

(57) FRÄNZER, p. 123-124.

las cargas reales habrá que estar a lo establecido en el momento de su constitución (1111.2 BGB). La transmisión de los derechos establecidos sobre una sociedad de carácter civil, no se regula expresamente en el BGB, dejando en ello la puerta abierta a la regulación en los estatutos sociales (§§ 38 y 40 BGB); a las sociedades mercantiles les será de aplicación las normas que regulan estas sociedades.

4.— Quiero concluir con alguna referencia práctica y amena, que demuestra que los métodos de venta en este tipo de negocios no ponen barreras a la imaginación. La reciente sentencia de 25 de febrero de este año (58) [por 1994] recoge en esta línea un caso que, por curioso, merece ser brevemente reproducido: Se trata de un peculiar sistema de incitar la conclusión del contrato de compraventa. Lo primero que se hace es conseguir que alguien se interese por ser representante de una empresa de venta de apartamentos de vacaciones en régimen de multipropiedad. La facilidad de promoción dentro de la compañía se asegura con la primera venta, convirtiéndose el vendedor en «directivo» (jefe de grupo [de vendedores], «Gruppenleiter»), a parte de recibir unas comisiones más apetitosas. Lo cierto es que todos quieren convertirse en directivos, para lo cual están dispuestos a pagar el nada barato precio de una semana, pensando recuperarlo con las ventas que hagan sus vendedores. Como es fácil imaginarse, el sistema no puede funcionar, pues convirtiéndose el vendedor inmediatamente en directivo, uno sólo tendrá la posibilidad de venderse a sí mismo el período vacacional, cerrándosele a continuación las puertas a esa prometida «mejor posición», ya que la retribución recibida como vendedor, la puede recibir igualmente cualquier tercero, con lo que la compra directa a la empresa siempre será más beneficiosa a los ojos del adquirente: el sistema de «bola de nieve» no puede funcionar aquí. El tribunal considera tal sistema contrario a las buenas costumbres, no sólo materialmente (exceso inadmisibles entre la cantidad pedida y el precio del bien en el mercado), sino en especial el sistema de acordar este contenido contractual. La sentencia también analiza los problemas de representación: casos en que un contrato requiere una forma especial, y por tanto un poder especial. La conclusión es que se ha de exigir poder otorgado ante notario, al menos en los casos en los que según el § 167 II la jurisprudencia considera necesaria la legalización oficial del contrato («Beurkundung»).

(58) NJW 1994, 1344, 1347.

BIBLIOGRAFIA

- BÖHMER, Martin: *Das deutsche Internationale Privatsrecht des timesharing*, 1993.
- FRÄNZER, Albert: *Time-sharing von Ferienhäusern: Zum Problem der Zulässigkeit in der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung der Praxis in den USA und Großbritannien*, Münster, New York, ed. Waxmann Verlag, 1990.
- GRALKA, Peer: *Time-sharing bei Ferienhäusern und Ferienwohnungen*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, ed. Heymann Verlag 1986.
- GRALKA, Peer: «Time-Sharing und Dauernutzungsrecht», comentario a la sentencia del OLG Stuttgart, *NJW*, 1987, pp. 1997 y s.
- LUCKOW, Waldemar: «Die steuerliche Beurteilung des Time-Sharing-Verfahrens bei tauschähnlichem Erwerb», *RfW*, 1989, pp. 557-565.
- MARTINEK, Michael: *Sonstige moderne Vertragstypen*, vol. III, ed. Beck, Munich, 1993, pp. 259-286.
- SCHAAF, Petra: «Time Sharing-Modell oder Risiko?», *ZIP*, 1984, pp. 908-914, (especialmente 912 y ss.).
- SCHÖLLHORN, Peter: *Was von Urlaub über Time-Sharing wirklich zu halten ist*, Murg, publicado por la Deutsche und Schweizerische Schutzgemeinschaft für Auslandsgrundbesitz e. V., 1989.

JURISPRUDENCIA

- BVerwG, Urteil vom 16.10.1979 - 1 C 14/75, Berlín, WM, 1981, 48. Timesharing como sociedad de inversión de capital (*Kapitalanlagegesellschaft*).
- OLG Hamm, Urteil vom 19.6.1985 - 20 U 35/85; (rechtskräftig): multipropiedad sobre un yate, en *DB*, 1985, pp. 2400 y s.
- OLG Stuttgart, Urteil vom 28.11.1986 - 8 W 421/85, en *NJW*, 1987, pp. 2023 y ss., sentencia muy criticada por la doctrina, en especial GRALKA, *NJW*, 1987, p. 1997 y ss.
- LG Hamburg, Urteil vom 25.10.1990 - 302 O 50/90, Resolución de un contrato de «ahorro de vacaciones» con garantía de devolución y con una cláusula de timesharing. Multipropiedad como derecho de habitación especial, Dauernutzungsrecht. (Rücktritt vom Urlaubssparvertrag mit Rücknahme-Garantie, en *NJW*, 1991, pp. 823 y ss.)
- OLG Frankfurt, Urteil vom 17.1.1991 - 6 U 18/90 (colateralmente) inadmisión de una subcesión, incluso en régimen de timesharing de software y hardware informático, en *NJW*, 1991, 2160.
- FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, Urteil vom 29.4.1992 - 14 K 96/91; nicht rechtskräftig, en *RfW*, 1992, pp. 954 y ss.
- BFH Urteil vom 16.12.1992 I R 32/92. Imposición por réditos del capital sobre obtención de puntos de la empresa suiza Hapimag, en *BFHE*, Bd. 170, pp. 354 ss.
- BFH, Urteil vom 26.08.1993 I R 44/29. En el mismo sentido que la anterior.

- OLG Köln, Urteil vom 22.10.1993 - 19 U 34/93 aplicación del art. 9 de la AGBG (Ley de condiciones generales de la contratación). Ineficacia de un contrato de «Time-Sharing», por tropezar contra el principio de transparencia de la oferta (Transparenzgebot), en *BB* 1993, 2334, 2335.
- BGH, Urteil vom 25.2.1994 - V ZR 63/93 (Köln), en *NJW* 1994, pp. 1344 y ss. Conclusión del contrato por sistema contrario a las buenas costumbres. Problemas de representación necesaria para la venta de inmuebles.
- LG Detmold, Urteil von 29.09.94 - 9 O 57/94 nicht rechtskräftig. Sittenwidrigkeit eines Time-Sharing-Kaufvertrags mit Auslandberührung - Spanien, en *NJW*, 1994, pp. 3301 y ss.

INFORMACIÓN COMUNITARIA

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) *Normativa vigente*

PROTECCIÓN DE PERSONAS Y DATOS PERSONALES

1. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE, L, núm. 281, de 23 de noviembre de 1995).

La importante Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos concierne en su título la tensión inherente a su regulación: necesidad del mercado de articular una suficiente vía de flujo de datos (fundamentalmente transfronterizos) que optimicen las transacciones y la integración económica, de un lado, y necesaria protección de las personas físicas en todos aquellos aspectos que hagan referencia a sus derechos fundamentales y libertades, en general, y al derecho a la propia intimidad, en particular.

La justificación de la intervención parte, además, de las diferencias entre los niveles de protección de los derechos y libertades de las personas entre los distintos Estados miembros, lo que constituye un obstáculo para el ejercicio de una serie de actividades económicas a escala comunitaria, puede falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los objetivos que derivan del Derecho comunitario. El objetivo de la Directiva es pues la consecución de un (alto) grado de protección equivalente en todos los Estados miembros, dejando un cierto margen de maniobra a los mismos; todo ello en el marco de los principios de Derecho comunitario y de lo dispuesto en el

art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la exposición de motivos establece que la protección de la Directiva precisa y amplía la del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que atañe al tratamiento automatizado de los datos personales.

Como cuestiones que caen fuera del ámbito material de la Directiva debe hacerse alusión al tratamiento de los datos que sea necesario para la salvaguardia del bienestar económico del Estado en los casos de que dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado; la protección de las personas jurídicas en cuanto al tratamiento de los datos que las conciernen; el tratamiento manual de las carpetas que no están estructuradas conforme a criterios específicos que permitan acceder rápidamente a los datos personales; el tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. En cuanto al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones en la medida necesaria para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

En lo atinente a lo que podríamos denominar ámbito de aplicación espacial de la Directiva, el art. 4 establece dicha aplicación para los casos en los que el tratamiento se haya efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en un Estado miembro; si el responsable se encuentra establecido en varios Estados miembros, serán las normas de cada uno de ellos las aplicables de forma distributiva. Se acude a la idea de ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, lo que no puede excluir de la sujeción a la Directiva a quienes no posean el establecimiento en un Estado miembro pero realicen tratamientos de datos en la Comunidad; en este caso la Directiva (a través de la aplicación de la legislación nacional) se aplicará en función de que los medios utilizados para dicho tratamiento se encuentren en un Estado miembro.

La *licitud* del tratamiento es el objeto de la Directiva. En esta licitud concurren un conjunto heterogéneo de condiciones que la finalidad de esta nota no permite recoger: baste referirse como ampliamente significativos a la necesidad de que los datos tratados sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos perseguidos; objetivos explícitos y legítimos; además, el tratamiento deberá basarse en el consentimiento del interesado o ser necesario con vistas a la celebración o ejecución de un contrato que obligue al interesado, para la observancia de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión de interés público, para el ejercicio de la autoridad pública o, incluso, para la realización de un interés legítimo de una persona, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado. Como puede apreciarse, una serie de excepciones que, de hecho, pueden devorar la regla del consentimiento. La misma dinámica regla-excepción se repite en lo que atañe al tratamiento de los datos que por su naturaleza puedan atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad (datos que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, los relativos a la salud o la sexualidad...): no deben ser objeto de tratamiento alguno salvo en el caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito. Sin embargo, podrán establecerse excepciones, también de forma explícita, para necesidades específicas (art. 8.2; otras, *ad ex.*, en el art. 13). Las generales cláusulas de excep-

ción que ponen en manos de los Estados la posibilidad de establecer la licitud de tratamientos de datos determinados pueden llegar a ser peligrosas o, al menos, de difícil justificación cuando se nutren de ejemplos como los que aparecen en los considerandos 35 y 36 de la Exposición de motivos (datos de asociaciones religiosas o sobre la ideología política de los ciudadanos).

No difiere el tratamiento que la Directiva otorga al derecho de acceso a la información por parte del interesado o a su derecho de información: el primero es un derecho que se consagra y, a continuación, se excepciona, restringe o limita en función de otro tipo de intereses (los mismos o similares que determinan la licitud de su tratamiento contra el consentimiento del interesado y entre los que se encuentra, por ejemplo, el interés financiero o económico importante de un Estado de la Unión). El segundo se relaja ampliamente «...para evitar trámites administrativos improcedentes» (considerando 49 de la Exposición de motivos).

En el capítulo de recursos judiciales, responsabilidad y sanciones, la tradicional postura de las Directivas comunitarias de dejar al desarrollo de las mismas el tipo y alcance de la sanción se repite en la presente. La responsabilidad de quien realice un tratamiento ilícito será eximida total o parcialmente si aquél demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño. En fin, la Directiva prevé una no del todo clara disposición por cuya virtud los Estados miembros establecerán que toda persona (independientemente de los eventuales recursos administrativos) disponga de un *recurso judicial*, antes de acudir a la autoridad judicial (art. 22 de la Directiva).

Uno de los problemas que más importancia de futuro poseen, el del tráfico transfronterizo de datos, se resuelve a través de la admisión del mismo a terceros países con un nivel de protección adecuado a la vista de las circunstancias relacionadas con la transferencia o con la categoría de transferencia. Si el país tercero no ofrece un nivel de protección adecuado, la transferencia se prohíbe, de nuevo con una serie de excepciones que la harían posible (en función del consentimiento del interesado, de la garantía de protección adicional por parte del responsable del tratamiento u otras).

Dentro de las medidas de garantía de la licitud del tratamiento, tras una declaración de intenciones en el sentido de fomentar la elaboración de *códigos de conducta*, la Directiva impone la creación de una Autoridad de control estatal (una o más autoridades públicas que se encargarán de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas en aplicación de la Directiva), un Grupo de protección de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales (a nivel comunitario) y un Comité que asistirá a la Comisión y dictaminará las medidas que se hayan de adoptar en ejecución para la salvaguardia de los derechos garantizados en la Directiva.

2. Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares (DOCE, L, núm. 314, de 28 de diciembre de 1995).

La presente Decisión es un paso más en la configuración de un estatuto de la ciudadanía comunitaria. A través de ella se decide que todo ciudadano de la Unión Europea se beneficiará de la protección consular ante cualquier representación diplomática o consular de un estado miembro, si en el territorio en que se encuentra no existe ni representación permanente accesible ni cónsul

honorario accesible y competente de su propio Estado miembro o de otro Estado que lo represente de forma permanente. Las representaciones diplomáticas y consulares que concedan la protección tratarán a los solicitantes como a un nacional del Estado miembro por ellas representan.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS, MERCANCÍAS; SERVICIOS, ESTABLECIMIENTO

3. Reglamento (CE) núm. 2317/95 del Consejo de 25 de septiembre de 1995 por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (DOCE, L, núm. 234, de 3 de octubre de 1995).

El presente Reglamento se inscribe en la difícil política de libre circulación de personas procedentes de terceros países en la UE. En tal sentido, el Reglamento pivota sobre una *lista común* en la que figuran noventa y ocho Estados de la Comunidad Internacional cuyos nacionales deberán estar provistos de un visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. La medida de armonización de las políticas en materia de visados deja los demás elementos de dicha armonización, en particular las condiciones de expedición, a la legislación de cada Estado miembro, en el marco del Título VI de TUE. Se introducen mecanismos para que los Estados miembros tomen las medidas oportunas en el ámbito de las situaciones especiales, como puedan ser las que afecten a los apátridas o los refugiados o a ciudadanos originarios de entidades no reconocidas como Estados por la UE. Con el fin de garantizar la transparencia del sistema y la información de las personas afectadas, cada Estado miembro deberá comunicar a los demás Estados miembros y a la Comisión las medidas que adopte en el marco del Reglamento; por estas mismas razones de garantía, dicha información deberá publicarse también en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

4. Directiva 95/50/CE del Consejo de 6 de octubre de 1995 relativa a procedimientos uniformes de control del transporte de mercancías peligrosas por carretera (DOCE, L, núm. 249, de 17 de octubre de 1995).

La Directiva, sobre la base del principio de subsidiariedad y la pretensión de garantizar un nivel suficiente de control por parte de los Estados miembros en todo su territorio, evitando, en la medida de lo posible, la multiplicación de los controles de cada vehículo, establece una lista de infracciones y un mecanismo que permite la inspección incluso con carácter preventivo dentro de las empresas. El control habrá de efectuarse sobre todo tipo de vehículo que circule por el territorio de un Estado miembro, cualquiera que sea el lugar de procedencia o de destino de la mercancía o el país en que se haya matriculado el vehículo.

5. Directiva 95/51/CE de la Comisión de 18 de octubre de 1995 por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados (DOCE, L, núm. 256, de 26 de octubre de 1995).

Vid. el núm. 48 de la Crónica anterior.

POLÍTICA SOCIAL

6. Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1995 por la que se modifica la Decisión 82/43/CEE relativa a la creación de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (DOCE, L, núm. 249, de 17 de octubre de 1995).

En el marco del nuevo programa a medio plazo de la Comisión, se decide modificar la Decisión 82/43/CEE en el sentido de reorganizar la composición y funcionamiento del Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como redefinir sus funciones, a saber, asistir a la Comisión en la elaboración y en la realización de las acciones de la Comunidad para promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, y fomentar el intercambio permanente de las experiencias políticas y prácticas pertinentes en la materia; en especial, el Comité asistirá a la Comisión en la creación de instrumentos de control, evaluación y difusión de los resultados de las acciones emprendidas en la Comunidad; examinará los resultados de los programas emprendidos por la Comunidad en esta materia; contribuirá con sus dictámenes a la elaboración del informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de igualdad; procederá al intercambio de información entre todos los agentes implicados y en relación con las medidas adoptadas, etc.

MARCA COMUNITARIA; PATENTES/COMPETENCIA

7. Reglamento (CE) núm. 2868/95, de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria (DOCE, L, núm. 303, de 15 de diciembre de 1995).

En ejecución del mandato contenido en el Reglamento (CE) 40/1994, el presente establece con base en lo dispuesto por los artículos 140 y 141 del primero, las disposiciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en aquél. El contenido sucinto del Reglamento de ejecución, manifestado en las rúbricas de sus títulos, es el siguiente: Procedimiento de la solicitud de marca comunitaria; procedimiento de oposición y prueba del uso; procedimiento específico de registro; renovación del registro; cesión, licencias y otros derechos, así como modificaciones; renuncia; caducidad y nulidad; marcas comunitarias colectivas; transformación de una solicitud de marca comunitaria o de una marca comunitaria en una solicitud de marca nacional; procedimiento de recurso; disposiciones generales, repartidas en diversas secciones que se refieren a resoluciones y comunicaciones de la Oficina, procedimiento oral e instrucción, notificaciones, plazos, interrupción del procedimiento, renuncia al procedimiento ejecutivo de reembolso, representación, comunicaciones escritas e impresos, información al público, boletín de marcas comunitarias y Diario Oficial de la Oficina, consulta pública y conservación de expedientes, cooperación administrativa, costas, lenguas y organización de la Oficina; el definitivo Título XII se refiere a la reciprocidad.

8. Reglamento (CE) núm. 2131/95 de la Comisión de 7 de septiembre de 1995 por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2349/84 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes (DOCE, L, núm. 214, de 8 de septiembre de 1995).

El presente Reglamento no hace sino prorrogar por seis meses la vigencia del Reglamento 2349/84.

B) Propuestas, proyectos, trabajos legislativos

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

9. Posición común (CE) núm. 7/95 aprobada por el Consejo el 15 de junio de 1995 con vistas a la adopción de la Directiva 95/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., por la que se modifica la Directiva 79/112/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (DOCE, C, núm. 182, de 15 de julio de 1995).

10. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio sobre protección del medio marino del Nordeste Atlántico (DOCE, C, núm. 172, de 7 de julio de 1995).

El Convenio aparece como anexo a la presente Propuesta.

11. Posición común (CE) núm. 19/95 aprobada por el Consejo el 29 de junio de 1995 con vistas a la adopción de la Directiva 95/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE, C, núm. 288, de 30 de octubre de 1995).

Las intervenciones más reseñables introducidas por el Consejo en el proceso de gestación de la normativa sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia se cifran en las siguientes: se abandona el planteamiento en términos de «incitación a contratar» al tiempo que se cambia la idea de «contrato negociado a distancia» por «contrato a distancia», dado que pueden utilizarse para la propia conclusión del contrato las nuevas técnicas de comunicación; se excluyen los supuestos de ejecución fraccionada del contrato del ámbito de la Directiva; se excluyen los contratos a distancia de servicios financieros (aunque los contratos de crédito «ligados» a un contrato a distancia siguen contemplándose con ocasión del ejercicio del derecho de rescisión relativo al contrato a distancia); se articula el plazo de ejecución en términos más estrictos que los de la propuesta modificada; en cuanto a las modalidades de pago, el Consejo no estima oportuno prohibir los pagos previos, teniendo en cuenta los riesgos inherentes a este tipo de transacción para el proveedor, pero sí impone a éste «el reembolso de las sumas

abonadas por el consumidor» en caso de rescisión o de no ejecución; la regulación del derecho de rescisión es aclarada para permitir una mejor articulación entre la transmisión de la información y el ejercicio del derecho de rescisión. A tal efecto, el enfoque seguido en la directiva sobre la protección de los adquirentes en determinados aspectos de los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de bienes inmobiliarios (*Vid.* el núm. 1 de la Crónica aparecida en el núm. 1 del ADC, 1995 pp. 293-331) se ha impuesto como un modelo adecuado y ha llevado a que se redacte el art. 6.1 de la Posición Común basándose en la aplicación de un plazo de tres meses, durante el cual todavía pueden facilitarse las informaciones que falten, y el plazo de rescisión propiamente dicho de siete días. Del campo de aplicación del derecho de rescisión quedan excluidos, salvo pacto en contrario, los contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días; los de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar; los relativos al suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; los de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos (debido a su fácil reproducción); los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; los de servicios de apuestas y loterías.

12. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE, C, núm. 260, de 5 de octubre de 1995).

Con el objeto de prever la indicación del precio de venta y del precio por unidad de medida de los productos ofrecidos por los comerciantes a los consumidores finales, facilitando así la comparación de los precios, la Propuesta pivota sobre los conceptos clave de «precio de venta» (precio válido para una cantidad determinada de producto); «precio por unidad de medida» (precio válido para un kilogramo, un litro, un metro, un metro cuadrado... o cualquier otra cantidad única cuando se utilice de manera generalizada y habitual para la comercialización de productos específicos). Los precios de venta y por unidad de medida deberán ser inequívocos, fácilmente identificables y legibles, debiéndose, en su caso, hacer especial referencia a las cantidades netas de los productos. El artículo 8 de la Propuesta deja en manos de los Estados el desarrollo del régimen de sanciones aplicable a los incumplimientos de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva; sanciones que deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS, MERCANCÍAS; SERVICIOS, ESTABLECIMIENTO

13. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y adminis-

trativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE, C, núm. 185, de 19 de julio de 1995).

Como es bien sabido, el concepto de prestación de servicios al que se refieren los artículos 59 y 60 del Tratado abarca la difusión, incluso a través de entidades de distribución por cable, de programas de televisión. La Propuesta de Directiva destinada a modificar la Directiva 89/522 incide en una serie de heterogéneos aspectos que tratan de dar respuesta a las necesidades creadas por la puesta en práctica de las actuales normas. Entre tales aspectos, se regula o aclara la noción de *jurisdicción* aplicada a los organismos de radiodifusión televisiva. Concretamente se señala que estarán sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro los establecidos en dicho Estado miembro, en el que dispongan de una instalación permanente y ejerzan efectivamente una actividad económica (concepto decantado por el TJCE para la noción de *establecimiento*); también quedarán sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro los organismos establecidos fuera del territorio de la Comunidad siempre que posean determinadas conexiones técnicas con un estado miembro; en fin, como problema próximo, aunque no idéntico, se señala la no sujeción a la normativa comunitaria de aquellas emisiones de radiodifusión televisiva que estén destinadas exclusivamente a ser captadas en países terceros distintos de los Estados miembros.

La Propuesta incide también en otros aspectos tales como el régimen de las emisiones procedentes de terceros países recibidas en la Comunidad, el fomento de obras europeas, el refuerzo de la industria europea de programas, la explotación televisiva de obras cinematográficas, el desarrollo de las operaciones de televenta, el establecimiento de normas para la protección de los menores frente a la emisión de programas televisivos, determinando los que hayan de ser objeto de una prohibición absoluta y aquellos otros que pueden ser autorizados mediante la adopción de medidas técnicas apropiadas.

14. Resolución del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE relativa a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones (DOCE, C, núm. 166, de 3 de julio de 1995).

Las modificaciones propuestas por el Parlamento se condensan en la advertencia contra la tendencia a infravalorar la importancia de las funciones de servicio público y las obligaciones que ello supone, exigiendo que se defina cuanto antes el concepto de servicio público en el marco de la liberalización de los distintos sectores. El Parlamento se opone a una liberalización unilateral que sólo afecte al sector de las telecomunicaciones, ofreciendo a los operadores de servicios de distribución por cable unas posibilidades de competencia no equitativa; recuerda, en fin, que la liberalización prevista por el proyecto de la Comisión no hace sino anticipar la apertura más amplia prevista para el uno de enero de 1998 e invita a la Comisión a asegurarse de la coherencia de su gestión con las disposiciones reglamentarias basadas en el artículo 100 A del Tratado.

15. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la

Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE, C, núm. 301, de 13 de noviembre de 1995).

Vid. la Propuesta en el núm. 13 de la presente Crónica. De entre las muy interesantes consideraciones (muchas de ellas de carácter general a toda la política audiovisual europea) queremos destacar las que se refieren a la política de promoción de la industria europea y las que hacen alusión a la publicidad y a la teletienda. El CES pone en tela de juicio la pertinencia de un sistema de cuotas de emisión para apoyar la difusión de obras europeas, señalando que sólo un estudio sobre su eficacia actual avalaría su idoneidad; estima que el tema de las cuotas en su conjunto debería someterse a una reflexión más general que abordase los servicios audiovisuales de la sociedad de la información y el tema de la concentración de los medios de comunicación. En este sentido una de las propuestas que efectúa es la de establecer la obligación de ingresar cantidades fijas en un fondo de apoyo a la producción audiovisual y dejar la posibilidad eventual a las cadenas que lo deseen de acogerse a un régimen de cuotas de difusión en lugar de alimentar dicho fondo. En esta misma línea, el CES estima que en la perspectiva de la creación y fomento del empleo sería necesario precisar que las obras realizadas en el marco de tratados de coproducción con terceros países se considerarán europeas no sólo si la coproducción comunitaria representa una parte mayoritaria, o el control de la producción no corresponde a uno o varios productores establecidos fuera de los Estados miembros, sino también si la producción cuenta con una parte significativa y mayoritaria de trabajadores establecidos en los Estados de la Comunidad.

En cuanto al tema de la teletienda, el CES constata que la ampliación del tiempo posible de oferta de teletienda a tres horas (por cada 24) no se ve acompañada en la Propuesta por acciones más precisas, al margen de las que se prevén en el proyecto de Directiva sobre contratos negociados a distancia. El CES estima que la problemática de la teletienda compete fundamentalmente a la venta a distancia y a las normas previstas al respecto, pero dado el carácter audiovisual de esta técnica de venta y su inserción en las programaciones, la teletienda también podría observar una serie de normas de carácter audiovisual, estableciendo, por ejemplo, una normativa mínima en torno, por un lado, a las relaciones entre publicidad y servicios exclusivos de teletienda y, por otro, entre la publicidad y los productos o servicios presentados en programas de teletienda.

Otros interesantes aspectos contenidos en el Dictamen son los relativos al período de tiempo o plazos de radiodifusión televisiva de obras cinematográficas después del comienzo de su explotación en salas de cine, así como la regulación de las interrupciones publicitarias en función del tipo de programa que interrumpen.

16. Propuesta de Directiva del Consejo relativa al derecho de los nacionales de terceros países a viajar dentro de la Comunidad (DOCE, C, núm. 306, de 17 de noviembre de 1995).

Los artículos 1.1, 3.1 y 4.1 de la presente propuesta, enmarcada en el conjunto de disposiciones comunitarias y nacionales que regulan la situación ju-

rídica de los nacionales de terceros países en los Estados miembros, son el compendio de su regulación: «Los Estados miembros concederán a los nacionales de terceros países que *estén presentes legalmente* en un Estado miembro el derecho a viajar por el territorio de los demás Estados miembros, en las condiciones establecidas en la presente Directiva»; «Los Estados miembros concederán el derecho a viajar a los nacionales de terceros países *titulares de una tarjeta de residencia válida* expedida por otro Estado miembro»; y «Los Estados miembros concederán el derecho a viajar a los nacionales de terceros países que sean *titulares de un visado* con arreglo al punto 3 del artículo 2» (visado válido en toda la Comunidad y reconocido recíprocamente para el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros). Todos estos derechos, claro está, están sujetos a una serie de restricciones de diversa índole contempladas por el Anexo de la Propuesta.

17. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores (DOCE, C, núm. 289, de 31 de octubre de 1995).

18. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquél en el que se expidió el título (DOCE, C, núm. 256, de 2 de octubre de 1995).

La Propuesta de Directiva, cuya reseña se hizo en el núm. 34 de la Crónica anterior (ADC, 1995, núm. 3 pp. 1243-1274, espec., pp. 1257-1258) es analizada por el CES, haciendo hincapié en determinados extremos de los que aquí destacamos los más interesantes, recordando que el ejercicio de la abogacía a nivel europeo ya ha sido objeto hasta la fecha, al menos, de dos intervenciones: la Directiva 77/249/CEE, que pretendió facilitar la libertad de prestación de servicios por parte de los abogados y la Directiva 89/48/CEE, que estableció un sistema general de reconocimiento de diplomas de enseñanza superior en este ámbito. En relación con la presente Propuesta, el CES señala sus reservas en cuanto a la solución adoptada de atribuir al abogado migrante, desde su llegada al Estado de acogida, la facultad de atender sus consultas jurídicas relativas al Derecho de dicho Estado, sin que haya tenido que asistir con anterioridad a cursillos de formación complementaria sobre el mismo; el CES considera poco salvaguardados o protegidos los *derechos de los consumidores*. En la misma línea de razonamiento, considera peligrosamente ambiguo el hecho de que la Propuesta concede el acceso a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida, con dispensa de la prueba de aptitud prevista en la Directiva 89/48/CEE, a los abogados migrantes que justifiquen el ejercicio efectivo y permanente de su profesión durante un período mínimo de tres años en relación con el Derecho de dicho Estado, incluido el Derecho comunitario. La ambigüedad denunciada se proyecta tanto sobre el concepto de «actividad efectiva y permanente», cuanto, y sobre todo, sobre la idea de «Derecho del Estado miembro de acogida, incluido el derecho comunitario». Con razón se pregunta el CES: si el abogado sólo ha practicado el Derecho del Estado de acogida y no el Derecho comunitario, ¿se le impedirá el acceso a la profesión? Y, por otro lado, ¿basta que el abogado haya practicado con carácter efectivo y permanente el Derecho comunitario para acce-

der al título del Estado al que emigró? La propuesta de Directiva tampoco aclara, a juicio del CES, la situación del abogado que al final del período transitorio de cinco años no ha solicitado su integración en el Estado de acogida al amparo del art. 10.1 de la Propuesta, ni el reconocimiento de su Diploma amparándose en la Directiva 89/48/CEE. Por último, también en aras a la protección de los clientes del abogado migrante y la necesaria transparencia, el CES considera que el derecho concedido por la Propuesta de Directiva en el sentido de posibilitar la indicación del título de origen, debería convertirse en un deber u obligación, de tal forma que tales clientes sabrían que el abogado, si bien está en legítima posesión del título profesional del Estado de acogida, procede, desde el punto de vista profesional, de otro Estado miembro.

19. Dictamen sobre el Proyecto de Directiva de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE relativa a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones (DOCE, C, núm. 236, de 11 de septiembre de 1995).

Vid. el núm. 14 de la presente Crónica.

20. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros (DOCE, C, núm. 341, de 19 de diciembre de 1995).

Teniendo en cuenta que en la actualidad el acceso a la actividad de seguros y su ejercicio están sujetos a la concesión de una única autorización por las autoridades competentes del Estado miembro en el que la empresa de seguros tenga su domicilio social, la presente Propuesta de Directiva trata de armonizar las medidas de supervisión adicional de las empresas de seguros que forman parte de un grupo. La idea es tanto eliminar algunas diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en lo que atañe al control prudencial de las empresas que forman parte de un grupo, cuanto permitir a las autoridades encargadas de la supervisión de la empresa matriz de seguros tener una idea más fundada de la situación financiera de la empresa de que se trate. Consciente de la complejidad del tema y de los ámbitos implicados (seguros, fiscalidad, sociedades), la propuesta de directiva planea una puesta en funcionamiento del sistema no anterior al año 2001.

POLÍTICA SOCIAL

21. Resolución del Parlamento Europeo sobre la evaluación del Tercer Programa de Acción Comunitaria relativo a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las propuestas para el Cuarto Programa de Acción Comunitaria (DOCE, C, núm. 166, de 3 de julio de 1995).

Con vistas a la adopción de un Cuarto Programa, el Parlamento Europeo, además de incidir en las nuevas iniciativas a adoptar o la profundización en las vigentes, pone especial énfasis en denunciar una realidad no siempre pal-

pable: la continua «feminización de la pobreza» en la Unión Europea y el escaso desarrollo de las propuestas de directivas relativas al trabajo atípico, la reconciliación de la vida laboral y familiar, así como la paralización de las medidas adoptadas en la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres.

22. Resolución sobre la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín: «Igualdad, desarrollo y paz» (DOCE, C, núm. 166, de 3 de julio de 1995).

23. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DOCE, C, núm. 218, de 23 de agosto de 1995).

En el contexto del Tercer Programa de la Comisión sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la presente Propuesta de Directiva trata de adaptar la Directiva 86/378/CEE a las exigencias impuestas por la jurisprudencia del TJCE en torno al art. 119 del Tratado, sobre todo a raíz de la importante STJCE de 17 de mayo de 1990 (As. C-262/88, Barber), seguida de una jurisprudencia constante en el sentido de delimitar el alcance temporal y material del citado precepto.

INSTITUCIONAL ; DERECHO COMUNITARIO

24. Resolución del Consejo de 29 de junio de 1995 sobre la aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario y sobre las sanciones aplicables por incumplimiento de sus disposiciones relativas al mercado interior (DOCE, C, núm. 188, de 22 de julio de 1995).

La presente resolución incide en un problema ampliamente conocido pero no por ello menos importante, que afecta a todo el Derecho comunitario: las medidas necesarias para asegurar su efectiva aplicación. Concretamente, la resolución del Consejo se centra en las *sanciones* que debe acompañar todo incumplimiento del Derecho comunitario. Reconociendo que corresponde a cada Estado miembro determinar la mejor manera de aplicar las disposiciones de Derecho comunitario a la luz de las propias instituciones, sistema jurídico, etc., la resolución constata la ausencia de sanciones específicas, efectivas, proporcionadas y disuasorias para los casos de incumplimiento, por lo que insiste en la necesidad de establecer un tal régimen.

25. Decisión del Parlamento Europeo de 12 de julio de 1995 por la que se nombra al Defensor del Pueblo de la Unión Europea (DOCE, L, núm. 225, de 22 de septiembre de 1995).

El Defensor del Pueblo de la UE es el Sr. Jacob Magnus Soderman.

26. Duodécimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario (DOCE, C, núm. 254, de 29 de septiembre de 1995).

Las líneas generales del informe sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario alumbran una importante disminución de los procedimientos incoados por la Comisión, imputable a la mejora del comportamiento de los Estados miembros en la adopción de las medidas de incorporación de las directivas al ordenamiento jurídico nacional; en contrapartida, se manifiesta un aumento también significativo en el número de recursos ante el Tribunal de Justicia, lo que supone una ruptura con la tendencia a la baja de los años anteriores; se aprecia también la persistencia de retrasos en materia de ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia, un mayor respeto por las normas relativas a la libre circulación de mercancías y un importante aumento de las quejas por incumplimiento de las normas comunitarias relativas a los contratos públicos. La estructura del Informe se articula en un análisis por sectores, cuadros estadísticos actualizados al 31 de diciembre de 1994 sobre presuntas infracciones y sobre infracciones comprobadas, el estado de la aplicación por los Estados miembros de las directivas vigentes al 31 de diciembre de 1994, con indicación de los casos de infracción relacionados con ellas, una relación de sentencias del TJCE no ejecutadas y un resumen de la aplicación del Derecho comunitario por las jurisdicciones nacionales.

27. Retirada de determinadas propuestas y proyectos de la Comisión (DOCE, C, núm. 344, de 22 de diciembre de 1995).

La Comisión ha decidido retirar determinadas propuestas y proyectos suyos sobre los que el Consejo no se había pronunciado y que, en su opinión, ya no poseen carácter de actualidad. Entre ellos se encuentran la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a una política para el reconocimiento mutuo de licencias y otras autorizaciones nacionales para la prestación de servicios de redes de satélite y/o servicios de comunicación por satélite, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento mutuo de licencias y otras autorizaciones nacionales para servicios de telecomunicación, al establecimiento de una licencia comunitaria única de telecomunicaciones y a la creación de un comité comunitario de telecomunicaciones y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario.

PROTECCIÓN DE PERSONAS Y BASES DE DATOS

28. Decisión del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo respecto de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE, C, núm. 166, de 3 de julio de 1995).

Vid. el Comentario en el núm. 1 de la presente Crónica.

29. Posición común (CE) núm. 20/95 aprobada por el Consejo el 10 de julio de 1995 con vistas a la adopción de la Directiva 95/.../CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., sobre la protección jurídica de las bases de datos (DOCE, C, núm. 288, de 30 de octubre de 1995).

Vid. el núm. 1 de la presente Crónica.

CAPITALES

30. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/647/CEE y 93/6/CEE relativas al reconocimiento a efectos de supervisión de los contratos de novación y acuerdos de compensación (compensación contractual) (DOCE, C, núm. 165, de 1 de julio de 1995).

31. Posición común (CE) núm. 21/95 aprobada por el Consejo el 5 de septiembre de 1995 con vistas a la adopción de la Directiva 95/.../CEE del Parlamento y del Consejo, de ..., por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual (DOCE, C, núm. 288, de 30 de octubre de 1995).

Vid. el núm. 47 de la Crónica correspondiente al *ADC*, núm. 3 de 1994.

32. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las transferencias en la UE (DOCE, C, núm. 199, de 3 de agosto de 1995).

La novedad más sobresaliente de esta propuesta modificada inscrita en el proceso de liberalización de la circulación de capitales durante las etapas primera y segunda de la Unión Económica y Monetaria es, amén de diversas intervenciones técnicas, el intento de establecer un procedimiento independiente de reclamación y recurso en los ámbitos contemplados por la Directiva, al objeto de ofrecer una mayor protección al cliente. En este sentido se orienta el artículo 7 B, a cuyo tenor toda entidad que intervenga en una transferencia en UE adoptará sin demora una decisión con respecto a cualquier reclamación presentada por sus clientes. Si no se ha dado curso a una reclamación o no se ha adoptado una decisión al respecto dentro de un plazo de cuatro semanas, los reclamantes podrán dirigirse a una oficina de reclamaciones independiente creada por los Estados miembros al efecto. En todas las entidades que presten servicios de transferencias en la UE deberá ponerse a la disposición del público una lista de direcciones de estas oficinas.

COMPETENCIA

33. Información de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre su política de imposición de multas en caso de infracciones a las normas de competencia (DOCE, C, núm. 341, de 19 de diciembre de 1995).

En realidad la información consiste en la presentación de un Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas en los ca-

sos de cártel o a la reducción de su importe. Con ello la Comisión pretende invitar a todas las personas interesadas a que le remitan sus observaciones por escrito, respecto de la idea de no imponer multas o reducir su importe a las empresas que cooperen en la investigación preliminar o en el procedimiento con respecto a una infracción.

II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS (1)

IGUALDAD DE TRATO Y CAUCIÓN PROCESAL

34. Pregunta escrita núm. 772/95 de Mark Killilea al Consejo (17 de marzo de 1995). Asunto: *Discriminación contra un nacional de la UE en su calidad de prestador de un servicio, por razón de su nacionalidad. Respuesta (26 de julio de 1995) (DOCE, C, núm. 230, de 4 de septiembre de 1995).*

Pregunta: En un asunto pendiente ante los Tribunales alemanes, una empresa radicada en Galway, Irlanda, Convec Ltd., ha interpuesto una demanda contra una empresa alemana, FORON Hausgerate GmbH, por incumplimiento de contrato. La vista del asunto se celebró en el Landgericht (Audiencia Provincial) de Chemnitz el 15 de febrero de 1995, y el Tribunal hará público su fallo el 8 de marzo de 1995. El Tribunal decidió mantener la petición formulada por FORON GmbH para que Convec Ltd. pagara un depósito de 9.580 marcos alemanes en concepto de «caución», aduciendo que se trata de una empresa «extranjera». La decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-20/92, A. Hubbard contra P. Hamburger (Trato de igualdad-Libertad de prestación de servicios), considera que una práctica de esta índole resulta de hecho discriminatoria con arreglo a los artículos 59 y 60 del Tratado CE, al solicitarse este tipo de cauciones a un nacional de la Unión Europea, ya que resulta igualmente discriminatorio prohibir, basándose en las leyes nacionales, la prestación de servicios o el desempeño de una actividad normal por parte de dicho nacional. ¿Está de acuerdo el Consejo en que la demanda por parte de FORON GmbH para el pago de una caución, respaldada por los tribunales alemanes, supone un incumplimiento de la normativa comunitaria y, en caso afirmativo, ¿qué propuestas ofrece para corregir esta situación?

Respuesta: El Consejo recuerda a su Señoría que es competencia de la Comisión velar por la aplicación de las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones en virtud de dichos Tratados.

(1) A partir del presente número de la Crónica, las «Preguntas escritas con respuesta», pasarán a formar una sección individual presidida por el mismo objetivo *informativo*, si cabe más acrecentado habida cuenta de su irrelevancia normativa o vinculante.

35. Pregunta escrita núm. 773/95 de Mark Killilea a la Comisión (20 de marzo de 1995). Asunto: *Discriminación contra un nacional de la Unión Europea en su calidad de prestador de un servicio, por razón de su nacionalidad. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (17 de mayo de 1995) (DOCE, C, núm. 209, de 14 de agosto de 1995).*

Pregunta: En un asunto pendiente ante los Tribunales alemanes, una empresa radicada en Galway, Irlanda, Convec Ltd., ha interpuesto una demanda contra una empresa alemana, FORON Hausgerate GmbH, por incumplimiento de contrato. La vista del asunto se celebró en el Landgericht (Audiencia Provincial) de Chemnitz el 15 de febrero de 1995, y el Tribunal hará público su fallo el 8 de marzo de 1995. El Tribunal decidió mantener la petición formulada por FORON GmbH para que Convec Ltd. pague un depósito de 9.580 marcos alemanes en concepto de «caución», aduciendo que se trata de una empresa «extranjera». La decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-20/92, A. Hubbard contra P. Hamburger (Trato de igualdad-Libertad de prestación de servicios), considera que una práctica de esta índole resulta de hecho discriminatoria con arreglo a los artículos 59 y 60 del Tratado CE, al solicitarse este tipo de cauciones a un nacional de la Unión Europea, ya que resulta igualmente discriminatorio prohibir, basándose en las leyes nacionales, la prestación de servicios o el desempeño de una actividad normal por parte de dicho nacional. ¿Está de acuerdo el Consejo en que la demanda por parte de FORON GmbH para el pago de una caución, respaldada por los tribunales alemanes, supone un incumplimiento de la normativa comunitaria y, en caso afirmativo, ¿qué propuestas ofrece para corregir esta situación?

Respuesta: La Comisión no conocía los hechos expuestos en la pregunta de su Señoría. La Comisión, con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, y más concretamente a la sentencia a la que se hace referencia en la pregunta de su Señoría, considera que la eventual imposición, por parte de un Estado miembro, de la obligación de abonar un depósito, impuesta únicamente a empresas radicadas en otro Estado miembro, en calidad de caución previa al inicio de cualquier acción ante los organismos jurisdiccionales nacionales, es contraria a los artículos 59 y 60 del Tratado CE, siempre que dichas empresas actúen en el marco de la libre prestación de servicios. En cualquier caso, dicha obligación sería contraria al artículo 6 del Tratado CE, que prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad y que impone una absoluta igualdad de trato entre las personas que se encuentren en una situación regida por el derecho comunitario y los ciudadanos del Estado miembro cuya normativa se aplique. Este principio fundamental de la igualdad de trato puede invocarse ante un juez nacional para impedir la aplicación de las disposiciones discriminatorias de una normativa nacional y para solicitar la aplicación de las mismas condiciones que rigen para ciudadanos nacionales. La Comisión efectuará un análisis pormenorizado de los elementos suministrados por su Señoría y realizará los contactos necesarios con la autoridades del Estado miembro interesado con objeto de comprobar la existencia de elementos que justifiquen, en su caso, el inicio del procedimiento contemplado en el artículo 169 del Tratado CE.

CIUDADANÍA EUROPEA

36. Pregunta escrita núm. 1009/95 de Johanna Maij-Weggen a la Comisión (6 de abril de 1995). Asunto: *Legislación sobre naturalización en los Estados miembros de la Unión Europea. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (4 de mayo de 1995) (DOCE, C, núm. 230, de 4 de septiembre de 1995).*

Pregunta: El Parlamento neerlandés está examinando actualmente una ley relativa a la nacionalidad neerlandesa. Puesto que todo ciudadano que obtiene un pasaporte nacional en uno de los 15 Estados miembros de la Unión Europea tiene también derecho a un pasaporte europeo, es lógico que se armonice la legislación sobre naturalización en todos los Estados miembros. ¿Puede decir la Comisión en qué condiciones puede obtenerse un pasaporte nacional/europeo en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea?

Respuesta: Las cuestiones relativas a la nacionalidad de los Estados miembros se regulan por el Derecho nacional de cada Estado, como se ratifica en la Declaración (n.º 2) anexa al Tratado CE y a cuyo tenor: «La Conferencia declara que, cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se ha referenciado a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate». También está de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia «Micheletti contra Delegación de gobierno en Cantabria». En cuanto a las resoluciones relativas a un pasaporte unificado de 23 de junio de 1981, de 30 de junio de 1982 y de 14 de julio de 1986, la Comisión recuerda que dichas resoluciones no perjudican la decisión de un Estado miembro en cuanto a quién y con arreglo a qué condiciones se debe expedir un pasaporte. Por lo tanto, la Comisión no se halla en posición de proporcionar a su Señoría la información requerida.

37. Pregunta escrita núm. 531/95 de Alex Smith a la Comisión (1 de marzo de 1995). Asunto: *Ciudadanía Unión Europea- Cuestiones accesorias. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (21 de junio de 1995) (DOCE, C, núm. 277, de 23 de octubre de 1995).*

Pregunta: ¿Qué medidas ha tomado la Comisión para el reconocimiento mutuo de permisos de conducción? ¿Está la Comisión al corriente de que los ciudadanos de la Unión Europea han de pagar tarifas de seguros más elevadas, y en algunos casos no pueden contratar un seguro, cuando conducen en un Estado miembro y tienen un permiso de conducción de otro Estado miembro? ¿Por qué los ciudadanos británicos que residen durante más de tres meses en Francia necesitan una Carte de Séjour? ¿Considera la Comisión que esto está de acuerdo con el concepto de ciudadanía europea? ¿Qué medidas ha tomado la Comisión para que los ciudadanos de la Comunidad que residen temporalmente en un Estado miembro que no es el suyo tengan pleno acceso a los servicios médicos y no sólo a los servicios de urgencia? ¿Considera la Comisión que este tipo de discriminación en el acceso a los servicios médicos es coherente con el concepto de ciudadanía europea?

Respuesta: 1.— Las disposiciones en materia de permisos de conducción dentro de la Comunidad se establecen en la Directiva 80/1263/CEE de 4

de diciembre de 1980. En particular, el artículo 8 de dicha directiva reza: «Los Estados miembros preverán que si el titular de un permiso de conducción nacional o de un permiso de modelo comunitario en período de validez, expedido por un Estado miembro, adquiere una residencia normal en otro Estado miembro, su permiso seguirá siendo válido como máximo durante el año siguiente a la adquisición de la residencia. En dicho plazo, a instancia del titular y previa entrega de su permiso, el Estado en el cual aquel haya adquirido su residencia normal le expedirá un permiso de conducción (modelo comunitario) de la categoría o categorías correspondientes sin imponerle las condiciones previstas en el artículo 6», esencialmente, sin tener que someterse a nuevos exámenes prácticos o teóricos. «Se entenderá por «residencia normal» el lugar en el que permanezca una persona habitualmente, es decir, durante el menos 185 días por cada año natural, debido a vínculos personales y profesionales, o, en el caso de una persona sin vínculos profesionales, debido a vínculos personales que indiquen una relación estrecha entre dicha persona y el lugar en el que habite. No obstante, la residencia normal de una persona cuyos vínculos profesionales estén situados en un lugar diferente del de sus vínculos personales y que, por ello, se vea obligada a permanecer alternativamente en diferentes lugares situados en dos o varios Estados miembros, se considera situada en el lugar al que le unan su vínculos personales, siempre que vuelva a dicho lugar de una forma regular. Esta última condición no será necesaria cuando dicha persona permanezca en un Estado miembro para desempeñar una misión de una duración determinada. La asistencia a una universidad o escuela no implicará el traslado de la residencia normal» (artículo 9 de la directiva 91/439/CEE). La nueva directiva en materia de permisos de conducción (91/439/CEE), que entrará en vigor el 1 de julio de 1996, prevé el reconocimiento mutuo de dichos permisos sin que sea obligatorio intercambio alguno.

2.— En virtud del apartado 1 del artículo 8 A del Tratado CE, el derecho de ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se aplicará «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». Ello quiere decir que el artículo 8 A no ha derogado los actos de Derecho derivado en materia de libre circulación de las personas. Tales actos establecen que una persona originaria de un Estado miembro que tiene intención de residir durante más de tres meses en el territorio de otro Estado miembro debe solicitar a las autoridades de este último un permiso de residencia.

3.— El Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, con fundamento jurídico en el artículo 51 del Tratado CE, no contempla la armonización, sino la coordinación de las normativas. El artículo 22 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 impone determinadas condiciones previas a la recepción de servicios médicos en otro Estado miembro. Entre tales condiciones figura la autorización previa de la institución competente (formulario E 112). Ahora bien, el poder de apreciación de dicha institución es muy amplio; en efecto, sólo está obligada a emitir la autorización cuando el interesado necesita de cuidados urgentes (aunque estén previstos en la legislación del Estado miembro de residencia), a causa de su estado de salud y de la probable evolución de la dolencia. En opinión de la Comisión, tales disposiciones son restrictivas, sin por ello resultar contrarias a las normas fundamentales del Tratado. La Comisión considera

la posibilidad de sugerir que los Estados miembros flexibilicen las condiciones de concesión del formulario E 112, y de fomentar al propio tiempo los acuerdos bilaterales entre determinados Estados miembros o instituciones de seguridad social.

PROPIEDAD INMOBILIARIA EN ESPAÑA

38. Pregunta escrita núm. 2459/95 de Carola Tongue a la Comisión (1 de septiembre de 1995). Asunto: Impuestos españoles sobre la *propiedad de las personas no residentes*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (13 de septiembre de 1995) (DOCE, C, núm. 311, de 22 de noviembre de 1995).

Pregunta: Este año se ha solicitado a los nacionales británicos que poseen una propiedad en España, además del impuesto sobre patrimonio en relación con el valor de la propiedad (que ya llevan pagando durante varios años), el pago de una nueva forma de impuesto sobre la renta, que parece basarse en unos ingresos en concepto de arrendamiento de los que, de hecho, no se benefician. ¿Podría indicar la Comisión si tiene noticia de esta forma de doble imposición y si opina que es adecuada en estas circunstancias?

Respuesta: La Comisión está al corriente del régimen de imposición español en cuestión, que, por lo demás, está en vigor desde hace ya bastantes años y cuya aplicación han reforzado las autoridades españolas a partir de 1992. La legislación fiscal española establece que la renta imponible de un inmueble ocupado por su propietario es igual al 2% de su valor catastral ajustado. Este regla se aplica de igual manera a las personas residentes en España y a las no residentes. En cuanto al tipo impositivo, éste es del 25% para los no residentes. Para los residentes, se trata del tipo marginal del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que se aplica a la renta total imponible. Este tratamiento diferente en materia de tipos impositivos se debe a la concepción fiscal internacionalmente reconocida y aplicada por la mayoría de los Estados miembros según la cual los contribuyentes residentes son objeto de imposición sobre la base de su renta mundial y los no residentes únicamente sobre la base de la renta generada en el país. Por otra parte, en España, el tipo del impuesto sobre la renta varía entre el 18% y el 56%, en función del nivel de renta, por lo que no parece excesivo el tipo del 25% que se aplica a los no residentes. En lo que se refiere al argumento de su Señoría de que no se trata de una renta real para el contribuyente, la Comisión desea señalar que el impuesto sobre la renta es competencia de los Estados miembros, que, por esta razón, tienen libertad para determinar sus modalidades de aplicación. A este respecto, puede observarse que otros Estados miembros (por ejemplo, Bélgica, Italia y los Países Bajos) consideran igualmente que la ocupación de un bien inmobiliario por su propietario da lugar a una renta imponible. Por lo que atañe a la cuestión de si el régimen impositivo considerado constituye una infracción, la Comisión estima que ello no es así con arreglo al Derecho comunitario vigente. Por otra parte, no cabría una doble imposición de esta renta, dado que, según los acuerdos fiscales vigentes entre los Estados miembros, la renta procedente de un bien inmobiliario es exclusivamente imponible en el Estado miembro en que se encuentre dicho bien.

39. Pregunta escrita núm. 1938/95 de Graham Mather a la Comisión (6 de julio de 1995). Asunto: Normas discriminatorias en la venta de propiedad en España. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (11 de septiembre de 1995) (DOCE, C, núm. 311, de 22 de noviembre de 1995).

Pregunta: Desde enero de 1992 la legislación española establece que los vendedores de propiedad en España no residentes deberán depositar 10% de los beneficios de la venta en una autoridad local para cubrir los impuestos a que pueda dar lugar. Este requisito discrimina en contra de los no residentes ya que no se pide una previsión similar a los residentes en España. ¿Está esta propuesta de acuerdo con los Tratados y piensa la Comisión tomar alguna acción para corregir lo que puede ser una distorsión de las ventas de propiedad en el interior de la Unión?

Respuesta: Ante todo, la Comisión desearía subrayar que la retención del 10% aplicada en España a las ventas de bienes inmuebles por contribuyentes no residentes constituye una garantía frente a la posible deuda tributaria derivada del impuesto sobre las plusvalías. Este pago puede deducirse al cumplimentar la declaración de este impuesto. Si el importe de la retención excede de la cuota pagadera indicada en la declaración, los no residentes tienen derecho a que se les devuelva la diferencia. Tal como señala Su Señoría, esta retención no se aplica a los residentes en España. Su aplicación se debe a que, una vez que el vendedor de una propiedad ha salido del país, es difícil, o incluso imposible, que las autoridades fiscales puedan recaudar el mencionado impuesto sin una medida similar. En relación con su pregunta sobre la compatibilidad de este régimen fiscal con las disposiciones del Tratado, la Comisión ha de declarar que, de acuerdo con la legislación comunitaria vigente, los Estados miembros pueden definir libremente sus propias normas en materia de impuestos sobre la renta, siempre que éstas se atengan a las disposiciones comunitarias generales. La Comisión no ve en qué forma la citada retención del 10% podría constituir una infracción de dichas disposiciones generales, por lo que no tiene previsto tomar medidas al respecto.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

40. Pregunta escrita núm. 740/95 de Frederik Willockx a la Comisión (15 de marzo de 1995). Asunto: Protección del consumidor en materia de pagos electrónicos. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (2 de mayo de 1995) (DOCE, C, núm. 190, de 24 de julio de 1995).

Pregunta: ¿Puede facilitar la Comisión una relación detallada de la situación relativa a la protección del consumidor en materia de pagos electrónicos? En su respuesta a la pregunta escrita E-1499/91, la Comisión indicó que sus servicios se disponían a controlar a principios de 1992 la aplicación de la recomendación 88/590/CEE. La pregunta que se plantea es si el diálogo mantenido por la Comisión con los círculos profesionales afectados, así como la autorregulación, han tenido los resultados deseados. Dicho en otras palabras: los códigos de conducta establecidos en su momento por los principales bancos y el sector profesional emisores de tarjetas de banco, ¿cumplen con todos

los requisitos enumerados en la mencionada recomendación? ¿Cómo es la situación en lo que atañe a los otros bancos emisores de tarjetas de banco? En caso de que la Comisión deba concluir que su recomendación no se cumple, o no en medida suficiente, ¿es de suponer que presentará a corto plazo al Consejo una propuesta de directiva sobre esta materia?

Respuesta: La Recomendación 88/590/CEE tiene por objeto las relaciones entre los emisores y los portadores de tarjetas y define el contenido de determinadas cláusulas de los contratos propuestos a los consumidores. La Comisión realizó diversos estudios para verificar la aplicación de las disposiciones de la Recomendación, el último de los cuales se realizó durante el primer semestre de 1994. Este estudio se centraba en las cláusulas contractuales en caso de pérdida o robo de las tarjetas. Los diferentes estudios muestran que la aplicación de las disposiciones de la Recomendación, aplicación parcial por algunas de ellas, mejora de año en año. No obstante, la generalización de la utilización del código confidencial ha originado jurisprudencias nacionales, por ahora muy desfavorables para el consumidor y en contradicción con las disposiciones de la Recomendación. Recientemente, la Comisión ha emprendido un estudio centrado en el aspecto de la «transparencia», que la Recomendación de 1988 abordó sólo en parte, y que debería finalizar antes del verano de 1995. Por último, se desarrollan en la actualidad otros sistemas de pago electrónico tales como las tarjetas prepagadas o las diferentes formas de banco a domicilio (sobre este punto, véase la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita E-1481/93). Se están realizando estudios y consultas con los medios afectados por lo que se refiere a algunos de estos sistemas, especialmente los aspectos relacionados con la introducción del uso de tarjetas prepagadas, que deberían finalizar antes del verano. Habida cuenta de las iniciativas en curso, la Comisión cree que podrá sacar conclusiones en el verano de 1995 sobre la oportunidad de actualizar su Recomendación, a fin de garantizar los derechos de los consumidores en las diferentes transacciones en relación con las transferencias electrónicas de fondos, y no solamente las tradicionales tarjetas de crédito.

41. Pregunta escrita núm. 892/95 de Marianne Thyssen a la Comisión (29 de marzo de 1995). Asunto: Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros *Derecho procesal y contractual*. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (20 de abril de 1995) (DOCE, C, núm. 190, de 24 de julio de 1995).

Pregunta: 1. En el Libro Verde sobre las posibilidades de indemnización de los consumidores y la resolución de los litigios de los consumidores en el mercado interior, la Comisión reconoce que la falta de armonización del Derecho procesal de los distintos Estados miembros constituye un problema general que impide al ciudadano europeo disfrutar plenamente del mercado interior. ¿Planea la Comisión poner remedio a esta carencia y, en caso afirmativo, cuáles son sus planes? 2. ¿En qué fase se encuentran las actividades de la Comisión en relación con la aproximación del Derecho contractual?

Respuesta: 1. Tal como propuso el Parlamento en la Resolución de 22 de abril de 1994, la Comisión presentará próximamente un plan de acción sobre las medidas que deberán adoptarse para poner en práctica el Libro Verde mencionado por Su Señoría. En este marco, se propondrán determinadas medidas puntuales de conformidad con el programa de trabajo de la Comisión

para 1995. 2. La Comisión no tiene previsto presentar ninguna propuesta de carácter general que tenga como objetivo realizar una armonización del derecho contractual. No obstante, determinadas iniciativas puntuales adoptadas a nivel comunitario contribuyen a una aproximación de algunos elementos de los derechos nacionales relativos a los contratos. Es el caso de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, así como de una propuesta de directiva sobre la venta de bienes de consumo, las garantías y los servicios post-venta, que se presentará muy próximamente a la Comisión, tal como pidió el Parlamento en su Resolución de 6 de abril de 1994.

DERECHOS DE AUTOR

42. Pregunta escrita núm. 2141/95 de Spalato Belleré a la Comisión (19 de julio de 1995). Asunto: *Derechos de autor y de intérprete de composiciones musicales*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (3 de octubre de 1995) (DOCE, C, núm. 340, de 18 de diciembre de 1995).

Pregunta: Habida cuenta de que existen los derechos de autor para los compositores de la letra y música de las canciones y de las diferentes composiciones musicales, protegidos por las correspondientes sociedades de autores en los diferentes Estados miembros, ¿no considera la Comisión que convendría llevar a cabo una valoración de la situación actual y elaborar directivas para que también pueda protegerse al primer intérprete (o intérpretes) de la pieza musical inédita, al menos por un período de tiempo significativo?

Respuesta: Como ha indicado Su Señoría, los letristas o compositores de obras musicales están protegidos por los derechos de autor según se definen en el Convenio de Berna, que regula la protección de las obras literarias y artísticas, entre las que figuran, particularmente, las composiciones musicales.

La protección prevista para los artistas intérpretes o ejecutantes se rige, a escala internacional, por el Convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismo de radiodifusión. Este Convenio codifica, para estas categorías de sujetos de derecho, cierto número de prerrogativas conocidas generalmente bajo la denominación de «derechos afines».

A escala comunitaria, la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre alquiler y préstamo ha armonizado determinados derechos afines a los derechos de autor basándose en el Convenio de Roma. En muchos casos, la armonización se ha realizado a un nivel superior al previsto en dicho convenio, de este forma, esta Directiva ha reforzado considerablemente, dentro de la Comunidad, el régimen de protección de los titulares de derechos afines, y, por consiguiente, de los artistas, intérpretes o ejecutantes.

Por último, en lo que se refiere a la duración de la protección concedida, ésta ha sido armonizada por la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, que, dentro de la Comunidad, ha establecido una protección de 50 años a partir del hecho generador para los derechos afines.

43. Pregunta escrita núm. 2168/95 de Mihail Papayannakis a la Comisión (28 de julio de 1995). Asunto: Protección de los derechos de autor en Europa. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (18 de septiembre de 1995) (DOCE, C, núm. 326, de 6 de diciembre de 1995).

Pregunta: Según la Oficina Europea de Patentes (OEP), sólo una de cada tres empresas europeas que trabajan en el campo de la investigación y el desarrollo tecnológico solicita la protección de sus invenciones, con el resultado de que se derrochan más de 30.000 millones de marcos alemanes (según cálculos de la Comisión) en trabajos de investigación que ya se han realizado anteriormente.

Dado que la patente europea no cubre a todos los países de la Europa Central y del Este, y habida cuenta de que la protección de la propiedad intelectual es un procedimiento muy largo y costoso, desearía preguntar a la Comisión: 1.— ¿Tiene intención de adoptar medidas para simplificar el procedimiento de protección de las invenciones y reducir su duración? 2.— ¿Tiene previsto contribuir para que se amplíe el Convenio europeo, de modo que cubra a los países de la Europa Central y del Este, dada la cooperación sistemática de éstos con los Estados miembros de la Unión Europea, y que se refuerce la competitividad de Europa frente a Asia y a los Estados Unidos?

Respuesta: 1.— El 19 de julio de 1995 la Comisión adoptó el «Libro Verde sobre la protección de los modelos de utilidad en el mercado interior». La protección garantizada a las invenciones técnicas por los modelos de utilidad se sitúa a un nivel inferior con respecto al garantizado por las patentes. En efecto, al contrario que las patentes, los modelos de utilidad se conceden sin examen previo. Así pues, puede obtenerse la protección de modo más rápido y menos oneroso, pero ofrece menos seguridad jurídica. Este sistema es utilizado frecuentemente por la industria europea, en particular por las pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, algunos Estados miembros no garantizan esta protección. Además, en la actualidad es difícil presentar una solicitud transfronteriza de registro de un modelo de utilidad dadas las diferentes formas que adopta esta protección. El objetivo del Libro Verde es invitar a los sectores interesados a participar activamente en una consulta. En función de los resultados que se obtengan en la misma, la Comisión decidirá el seguimiento apropiado que debe darse, incluida la posibilidad de una armonización. En cambio, por el momento la Comisión no tiene previsto adoptar medidas en materia de patentes.

2.— El Convenio de Munich sobre la patente europea de 5 de octubre de 1973, está abierto a la adhesión de los Estados que participaron en la conferencia intergubernamental para el establecimiento de un sistema europeo de concesión de patentes o que fueron informados de que dicha conferencia iba a tener lugar e invitados a participar. Entre estos Estados no figuran los países de la Europa central y oriental (PECO). En virtud del apartado 1 del artículo 166 del Convenio de Munich, cualquier otro Estado europeo podrá, sin embargo, adherirse a dicho Convenio, a invitación del Consejo de Administración. Los Acuerdos Europeos firmados -y, en algunos casos, ya concluidos- con los PECO prevén la obligación por parte de estos países de solicitar la adhesión al Convenio de Munich antes de que finalice el plazo de 5 años a partir de la entrada en vigor del Acuerdo. La adhesión plena de los PECO al Convenio dependerá, no obstante, de una decisión del Consejo de Administración,

creado por el propio Convenio, de conformidad con el apartado 1 del artículo 166 antes citado. Sin perjuicio de una plena adhesión y con vistas a facilitarla, la Oficina Europea de Patentes (OEP) ha previsto la conclusión de acuerdos de ampliación con los PECO. Las características de estos acuerdos de ampliación pueden resumirse del modo siguiente: 1) toda demanda de patente europea puede incluir la solicitud de ampliación de los efectos de la patente a uno o varios PECO con los que exista un acuerdo de ampliación vigente; 2) la solicitud de patente europea ampliada y la patente europea eventualmente concedida tendrán los mismos efectos y estarán supeditadas a las mismas disposiciones que las solicitudes y las patentes nacionales; 3) la concesión de una patente ampliada supone el pago a la OEP de los gastos de ampliación (más reducidos que los que se han de abonar al designar a un Estado miembro de la OEP) para cada uno de los países en que será de aplicación la patente: una parte de estos gastos se reservará al Estado designado; 4) todo nacional de uno de los PECO que forme parte del sistema de la patente ampliada podrá presentar una demanda de patente europea con efectos en los Estados miembros de la OEP o en otros PECO.

Ya existen acuerdos de ampliación vigentes con Eslovenia, Lituania y Letonia. Se ha firmado un acuerdo de ampliación con Rumania y se han iniciado discusiones al respecto con Bulgaria y Albania.

PUBLICIDADCOMPARATIVA

44. Pregunta escrita núm. 1920/95 de Cristiana Muscardini a la Comisión (3 de julio de 1995). Asunto: *Publicidad comparativa*. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (24 de julio de 1995) (DOCE, C, núm. 273, de 18 de octubre de 1995).

Pregunta: La propuesta de directiva sobre publicidad comparativa por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE fue presentada por la Comisión el 28 de mayo de 1991. Los largos trámites a que se ha visto sometida esta propuesta, la cual está aún pendiente de aprobación formal, demuestran la complejidad de este asunto y la necesidad de proceder con la máxima cautela en un sector tan delicado tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista ético. Estas propuestas comunitarias parecen ser contrarias a algunos proyectos de ley del Parlamento Italiano que, al parecer, pretenden adelantarse a la normativa comunitaria sometida a debate. 1.— ¿Está al corriente la Comisión del contenido de estos proyectos de ley? 2.— En caso afirmativo, ¿es cierto que determinados aspectos de estos proyectos entran en conflicto con la propuesta de directiva? 3.— ¿No considera la Comisión que resulta cuando menos prematuro legislar en materia de publicidad comparativa a nivel nacional cuando este asunto se encuentra desde hace varios años sometido a debate a nivel comunitario y podría ser objeto de una normativa común en poco tiempo?

Respuesta: La Comisión está al corriente de la presentación ante la Cámara de Diputados del Parlamento italiano de determinadas propuestas de ley en materia de publicidad comparativa, pero, ante la falta de precisiones al respecto, lamenta no poder confirmar si se trata de las mismas propuestas que menciona su Señoría. Habida cuenta de que todavía no se ha adoptado definitivamente la propuesta de Directiva presentada por la Comisión sobre la pu-

bilidad comparativa, no corresponde a la Comisión tomar posición sobre el contenido de las propuestas legislativas de los Estados miembros. La Comisión recuerda a Su Señoría que el hecho de que se debata una propuesta en el seno de las instituciones comunitarias no presenta ningún obstáculo para que las instituciones de los Estados miembros aborden el mismo tema.

45. Pregunta escrita núm. 2108/95 de Amedeo Amadeo a la Comisión (18 de julio de 1995). Asunto: Reconocimiento de títulos. Respuesta de la Sra. Cresson en nombre de la Comisión (11 de octubre de 1995) (DOCE, C, núm. 311, de 22 de noviembre de 1995).

Pregunta: En relación con la comunicación de la Comisión sobre el reconocimiento de títulos con fines académicos y profesionales, cabe destacar que la situación actual en materia de movilidad y reconocimiento mutuo, por ejemplo el caso de los trabajadores con cualificaciones profesionales y de trabajadores especializados, no parece estar suficientemente especificada. ¿No considera la Comisión restrictivo limitar el ámbito del documento al sector académico y al profesional? ¿No considera necesario, para motivar a los gobiernos, que los títulos profesionales y de especialización, así como las formaciones universitarias, estén en consonancia con las exigencias del mundo laboral para ofrecer mejores perspectivas de trabajo y de carrera?

Respuesta: En la introducción y en las conclusiones de la comunicación sobre el reconocimiento de los diplomas con fines académicos y profesionales, la Comisión estacó que: -Por motivos de eficacia, esta primera reflexión se circunscribe a las formaciones de nivel superior y a las profesiones cuyo ejercicio implica poseer una formación de dicho nivel. -La Comisión tiene la intención de profundizar en esta reflexión en el futuro con el fin de cubrir todos los niveles de formación, incluida la formación profesional, y que, por consiguiente, el sector de la enseñanza superior sólo constituye un primer apartado. Esta cuestión se abordará en particular en el marco del Libro Blanco sobre la educación y la información que la Comisión presentará en noviembre. Por lo que se refiere a la consideración de las necesidades del mercado de empleo, el espíritu de la comunicación va en ese sentido y el conjunto de las líneas de actuación propuestas contemplan especialmente dicho aspecto.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PROFESIONES LIBERALES

46. Pregunta escrita núm. 878/95 de Carlos Robles Piquer a la Comisión (29 de marzo de 1995). Asunto: la libre circulación de profesionales liberales y la colegiación única. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (2 de mayo de 1995) (DOCE, C, núm. 222, de 28 de agosto de 1995).

Pregunta: En el marco de las cuatro libertades fundamentales de nuestra Unión Europea, la de los profesionales liberales, en las diferentes disciplinas, se ha considerado como uno de los mayores logros de la movilidad sin fronteras que han posibilitado los postulados que propugnan los textos constitutivos de nuestra Unión. Pero este logro no deja de empañarse por determinadas dificultades, de carácter práctico, que convierten en menos libre el desplazamiento de los profesionales liberales dentro del perímetro comunitario. Cabe

referirse especialmente, a la necesidad de determinados países, de acogerse a cada colegio profesional de la región, zona o comarca en donde se piensa ejercer. Lo que impone un alto desembolso cada vez que un profesional debe inscribirse en un colegio profesional de la zona para poder ejercer la profesión, amén de pagar periódicamente las cuotas. ¿Podría la Comisión preconizar una suerte de colegiación única de los profesionales liberales, en cada país de la Unión, impidiendo que la excesiva fragmentación de corporaciones le obligue a afiliarse a varias de ellas con un fuerte desembolso, que se podría evitar con esta colegiación única que habilite ejercer la profesión en todo el territorio del país?

Respuesta: Las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no se oponen a que los Estados miembros impongan normas específicas para una determinada profesión, como por ejemplo, la inscripción obligatoria en organismo profesionales, siempre que el objeto sea garantizar la moralidad y el respeto de los principios deontológicos, así como el control disciplinario de las actividades de los profesionales implicados, y se respete el principio de no discriminación. Con el objeto de facilitar el ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, el Consejo adoptó la Directiva 89/48/CEE relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. En su exposición de motivos se indica que «el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior no tiene por objeto modificar las normas profesionales, incluso deontológicas, aplicables a las personas que ejerzan una actividad profesional en el territorio del Estado miembro, ni sustraer a los migrantes de la aplicación de estas normas; (...) el sistema se limita a prever medidas adecuadas que permitan garantizar que el migrante se atenga a las normas profesionales del Estado miembro de acogida. Consecuentemente, los Estados miembros conservan la facultad de definir las condiciones de ejercicio de una profesión en su territorio, condiciones que deben respetar el principio de igualdad de trato (en lo que se refiere a derecho y obligaciones) entre ciudadanos comunitarios. Los sistemas de inscripción por regiones, estados federados o provincias depende de la organización territorial de cada Estado miembro. Es cierto que, tal como señala Su Señoría en la pregunta, la excesiva fragmentación de los colegios profesionales plantea inconvenientes prácticos (tanto para los propios nacionales como para los ciudadanos de otros Estados miembros). Sin embargo, debido a las razones citadas, la Comisión no puede imponer a los Estados miembros normas que regulen la inscripción en dichos organismos profesionales.

47. Pregunta escrita núm. 2665/94 de Klaus-Heiner Lehne a la Comisión (2 de diciembre de 1994). Asunto: Directiva relativa al derecho de establecimiento de los abogados. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (6 de marzo de 1995) (DOCE, C, núm. 196, de 31 de julio de 1995).

Pregunta: 1. ¿Considera la Comisión que es necesario introducir una modalidad simplificada de establecimiento para los abogados al amparo del título otorgado por el país de origen, unida a la posibilidad de integración plena prevista en la Directiva relativa al reconocimiento de los títulos académicos, habida cuenta de la necesidad de esta forma de establecimiento que se

pone de manifiesto en la práctica? 2. ¿Piensa incluir la Comisión la posibilidad de establecerse con el título del país de origen en la proyectada propuesta de directiva relativa al derecho de establecimiento de los abogados?

Respuesta: Con objeto de perfeccionar el marco legislativo actual, constituido por la Directiva 89/68/CEE, el 21 de diciembre de 1994 la Comisión presentó una propuesta de directiva tendente a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha expedido el correspondiente título. Según esta propuesta, cualquier abogado nacional de un Estado miembro que esté facultado para ejercer en él su profesión con arreglo a uno de los títulos profesionales existentes, tendrá derecho a ejercer dicha profesión en un Estado miembro de acogida, en virtud de dicho título profesional de origen podrá ejercer funciones de asesoría jurídica referente al derecho de su Estado miembro de origen, al derecho internacional y comunitario así como al derecho del Estado miembro de acogida. Asimismo podrá representar y defender ante la justicia a sus clientes. En la medida en que el derecho del Estado miembro de acogida exija la asistencia obligatoria de un abogado, este Estado miembro podrá imponer a los abogados que ejerzan con arreglo a su título profesional de origen que actúen concertadamente con un abogado que ejerza ante la jurisdicción competente. No obstante, según la propuesta de la Comisión deberá inscribirse ante la autoridad competente de dicho Estado miembro y estará sujeto a la deontología del mismo. Durante este período transitorio, o al término del mismo, el abogado deberá poder integrarse a la profesión en el Estado miembro de acogida, según el tipo de actividad que haya ejercido, ya sea automáticamente ya sea en las condiciones más sencillas con relación a las previstas en la Directiva relativa al reconocimiento de títulos de enseñanza superior. Podrá gozar de un acceso automático a la profesión en el Estado miembro de acogida si justifica haber ejercido una actividad efectiva y permanente durante tres años como mínimo y referida al Derecho del Estado miembro de acogida, incluyendo el Derecho comunitario. Si la actividad efectiva y permanente de una duración mínima de tres años no ha versado sobre el derecho del Estado miembro de acogida, inclusive el derecho comunitario, dicho Estado sólo podrá exigir, con arreglo a la Directiva 89/48/CEE, una prueba de aptitud limitada al Derecho procesal y a la deontología del Estado miembro de acogida. De no cumplirse ninguna de estas condiciones, el abogado «emigrante» podrá solicitar el reconocimiento de su título con arreglo a la Directiva 89/48/CEE, según las condiciones vigentes.

CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DERECHO DE VOTO

48. Pregunta escrita núm. 487/95 de Peter Crampton a la Comisión (27 de febrero de 1995). Asunto: Derecho de voto para los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones nacionales. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (3 de abril de 1995) (DOCE, C, núm. 175, de 10 de julio de 1995).

Pregunta: ¿Podría la Comisión indicar qué Estados miembros permiten a los ciudadanos de la Unión que no son nacionales de dichos Estados votar en las elecciones nacionales (generales) y, dado el caso, qué requisitos relacionados con la duración de la residencia se aplican? ¿Está de acuerdo la Co-

misión en que debería haber una cierta uniformidad en la Unión en lo que respecta al derecho de voto en las elecciones nacionales (generales) de los ciudadanos no nacionales residentes?

Respuesta: Actualmente hay dos Estados miembros que permiten a determinados grupos de ciudadanos no nacionales participar en las elecciones generales. En Irlanda, las personas de nacionalidad británica pueden participar en las elecciones generales desde el año 1985. Con arreglo a la Constitución irlandesa, este derecho podría hacerse extensivo a otros ciudadanos de la Unión Europea sobre la base de unos acuerdos de reciprocidad entre Irlanda y los demás Estados miembros. Sin embargo, hasta el momento no se ha suscrito ningún acuerdo de este tipo. En el Reino Unido, los ciudadanos de nacionalidad irlandesa también pueden participar en las elecciones generales. Tanto Irlanda como el Reino Unido supeditan el derecho al voto en las elecciones generales a la condición de que se resida en el territorio del Estado miembro respectivo en una fecha determinada, sin que se imponga ningún tipo de período de residencia. La Comisión considera que los ejemplos del Reino Unido y de Irlanda demuestran que el derecho de los ciudadanos no nacionales a participar en las elecciones generales es reflejo de la experiencia cultural e histórica concreta de estos dos Estados miembros. En el preámbulo del Tratado de la Unión Europea se destaca explícitamente la necesidad de respetar la cultura y la historia. A falta de una competencia específica de la Comunidad respecto de la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones generales de un Estado miembro del que no sean nacionales, la Comisión prefiere reservarse su postura, máxime tratándose de un tema que suscita importantes consideraciones políticas y jurídicas sobre las que no tiene sentido pronunciarse en términos puramente abstractos.

MERCADO INTERIOR Y VENTA DE AUTOMÓVILES

49. Pregunta escrita núm. 1744/95 de Fridrich Konig a la Comisión (21 de junio de 1995). Asunto: Necesidad de garantizar la libre adquisición de automóviles en todo el mercado interior. Respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (7 de septiembre de 1995) (DOCE, C, núm. 300, de 13 de noviembre de 1995).

Pregunta: Según publicaciones de prensa, determinadas empresas automovilísticas europeas prohíben a sus concesionarios de Italia la venta de sus automóviles a ciudadanos no italianos, para que éstos no puedan beneficiarse de las diferencias monetarias. ¿Qué medidas ha adoptado la Comisión para impedir esta práctica contraria al mercado interior?

Respuesta: La situación descrita por Su Señoría se sitúa dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. En efecto, las denuncias llegadas a la Comisión desde la entrada en vigor del citado Reglamento, el 1 de julio de 1985, han demostrado que las importaciones paralelas son obstaculizadas con mucha frecuencia. En vista de la experiencia, en la nueva versión del Reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, adoptada el 28 de junio de 1995

(punto 7 del apartado I del artículo 6 del nuevo Reglamento), la Comisión ha dispuesto que la exención no será aplicable en el caso siguiente: «cuando el fabricante, el proveedor y otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad de los usuarios finales, de los intermediarios con procuración o de los distribuidores de comprar dentro del mercado común a otra empresa de la red productos contractuales y otros correspondientes y de obtener el servicio postventa de dichos productos, o restrinja la libertad de los usuarios finales de revender productos contractuales y otros correspondientes, siempre que la venta no sea llevada a cabo con fines comerciales». El nuevo Reglamento entró en vigor el 1 de julio de 1995, pero las disposiciones del Reglamento (CEE) n.º 123/85 siguen vigentes hasta el 30 de septiembre de 1995 (artículo 13 del nuevo Reglamento). Las disposiciones del nuevo Reglamento comenzarán a aplicarse a los nuevos contratos a partir del 1 de octubre de 1995. Para los acuerdos celebrados antes del 1 de octubre de 1995 que reunían las condiciones para ocojerse a una exención en virtud del Reglamento (CEE) n.º 123/85, el artículo 7 del nuevo Reglamento establece un período transitorio que finalizará el 30 de septiembre de 1996. El problema descrito por Su Señoría se ha visto especialmente agudizado por las últimas devaluaciones de la lira italiana, que han llevado a que los automóviles sean un 30% más baratos en Italia que en Alemania y Austria. Estas fluctuaciones monetarias han provocado un desfase de la competencia, al que los productores de automóviles no han podido reaccionar inmediatamente. Por tanto, un simple análisis desde el punto de vista de las normas de competencia no basta para explicar esta compleja situación. Actualmente, la Comisión está estudiando posibles medidas para garantizar la libre adquisición de automóviles en todo el mercado interior, teniendo al propio tiempo en cuenta el objetivo de fomentar un desarrollo armonioso y equilibrado dentro de la Comunidad, establecido en el artículo 2 del Tratado CEE.

DENOMINACIONES DE ORIGEN

50. Pregunta escrita núm. 107/95 de Josep pons Grau y Francisco Sanz Fernández a la Comisión (8 de febrero de 1995). Asunto: *Denominaciones de origen «turrón de Alicante y turrón de Jijona».* Pregunta escrita núm. 364/95 de Josu Imaz San Miguel a la Comisión (15 de febrero de 1995). Asunto: *Sentencia del Tribunal de Apelación de Montpellier autorizando a dos empresas francesas a fabricar y comercializar turrón con las marcas españolas tradicionales de «Jijona» y «Alicante».* Respuesta común dada por el Sr. Fischler en nombre de la Comisión (22 de marzo de 1995) (DOCE, C, núm. 196, de 31 de julio de 1995).

Preguntas: 1. ¿Qué medida piensa adoptar al CE ante la pretensión de los fabricantes de turrónes del Sur de Francia de dar a sus productos las denominaciones españolas de turrón de Alicante y turrón de Jijona? 2. Considerando que la fabricación y comercialización del turrón de «Jijona» y «Alicante» es una actividad económica de vital importancia para la provincia de Alicante, estando estas marcas protegidas desde que, hace más de 50 años, se creó el primer Consejo Regulador. Considerando la existencia de un Tratado Hispano-Francés que data del 27 de junio de 1973 que protege las Denominaciones

de Origen, en el que se cita expresamente entre los productos protegidos al turrón con las marcas «Jijona» y «Alicante». Considerando la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia del 10 de noviembre de 1992 en la que se pronuncia por la vigencia de este Tratado. Considerando el Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo del 14 de julio de 1992, que es de plena aplicación en toda la Unión Europea, donde se establece la protección comunitaria de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas, así como el modo de definir las. Considerando que la sentencia del Tribunal de Apelación de Montpellier pone en cuestión el buen funcionamiento de la libre circulación de mercancías y las reglas básicas del mercado interior de la Unión Europea. ¿Qué medidas va a tomar la Comisión después de la sentencia del Tribunal de Apelación de Montpellier para proteger las marcas españolas tradicionales de «Jijona» y «Alicante»? ¿Qué medidas a nivel general va a tomar la Comisión para impedir que situaciones como ésta se vuelvan a producir?

Respuesta conjunta: El Reglamento (CEE) n.º 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios establece en su artículo 17 la posibilidad de que los Estados miembros comuniquen a la Comisión, en un plazo de seis meses a partir de la fecha de entrada en vigor, cuales, entre sus denominaciones legalmente protegidas o consagradas por el uso, desean que se registren en virtud del Reglamento. El 26 de julio de 1993 entró en vigor el Reglamento (CEE) n.º 2081/92. Los Estados miembros haciendo uso de la citada disposición enviaron a la Comisión 1.300 solicitudes de registro ya sea como denominación de origen o como indicación geográfica. En virtud del artículo 17 párrafo 2, la Comisión está examinando la conformidad de estas solicitudes con el Reglamento (CEE) n.º 2081/92, entre ellas la denominación «Turrón de Jijona» antes de presentar una propuesta al comité de reglamentación, previsto en el artículo 15 del reglamento, que deberá emitir su dictamen. Después de la entrada en vigor de la citada reglamentación, que sustituye a los regímenes nacionales en materia de protección de denominaciones de origen e indicaciones geográficas, toda decisión de registro o de no registro se tomará a nivel comunitario. Por el momento ninguna decisión de registro o de no registro ha sido tomada por la Comisión. Durante el proceso de examen de cada denominación, la Comisión tiene la obligación de constatar si la dicha denominación ha pasado a ser genérica. En aplicación del artículo 3 del Reglamento (CEE) 2081/92, las denominaciones que han pasado a ser genéricas no podrán registrarse. El carácter genérico de una denominación sólo se puede establecer en función de la definición y los criterios previstos en el citado artículo 3. Los Estados miembros podrán mantener la protección nacional de las denominaciones comunicadas en virtud del citado artículo 17 hasta que se tome una decisión sobre su registro o no registro. La comunicación de la Comisión dirigida a los agentes económicos afectados por las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas explica en detalle el procedimiento simplificado de registro comunitario y sus consecuencias establecido en el ya citado artículo 17 del Reglamento (CEE) 2081/92.

POLÍTICA SOCIAL: PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

51. Pregunta escrita núm. 1916/95 de Mihail Papayannakis a la Comisión (3 de julio de 1995). Asunto: Directiva sobre la aplicación del prin-

principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión (8 de septiembre de 1995) (DOCE, C, núm. 326, de 6 de diciembre de 1995).

Pregunta: Considerando: —el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 86/613/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad, —la conclusión del tercer programa comunitario de acción en favor de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1991-1995), —que al artículo 7 de la Directiva 86/613/CEE establece una obligación general de los Estados miembros de estudiar las posibilidades de estimular el reconocimiento del trabajo de los cónyuges colaboradores y examinar todas las medidas adecuadas al efecto, —que el artículo 8 establece la obligación general de los Estados miembros de estudiar la cuestión de la concesión de ayudas por embarazo y maternidad de las trabajadoras por cuenta propia y de las cónyuges de los trabajadores por cuenta propia en forma de sustituciones temporales o de prestaciones económicas financiadas por el Estado, 1) ¿Piensa la Comisión presentar, en el marco del IV programa a medio plazo sobre la igualdad entre ambos sexos (1996-2000), una nueva directiva más concreta que cubra su objetivo propio, es decir, que corrija una situación que afecta en gran medida a las mujeres y que está relacionada con la falta de un estatuto profesional par los cónyuges que trabajan en empresas familiares, incluidas las agrícolas? 2) ¿Tiene previsto la Comisión hacer más estrictos los artículos 7 y 8 de la directiva mencionada obligando a los Estados miembros no sólo a estudiar medidas sino también a comprometerse a desarrollar acciones en relación con sus objetivos?

Respuesta: La Directiva 86/613/CEE del Consejo tiene por objeto la aplicación del principio de igualdad de trato entre las mujeres y los hombres que ejercen una actividad independiente, incluido el sector agrícola, así como la protección de las mujeres que ejercen una actividad independiente durante el embarazo. En 1994, la Comisión presentó un informe sobre la aplicación de dicha Directiva. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, puede considerarse que la Directiva 86/613/CEE se ha aplicado en los Estados miembros, pero siguen existiendo dificultades prácticas por tres motivos principales: —el propio objeto de la Directiva, que abarca varios aspectos (el derecho matrimonial, el derecho de sociedades, el derecho a la seguridad social y el derecho fiscal), —la amplitud y la heterogeneidad de los sectores de actividad afectados; —la diversidad de las modalidades de ejercicio de estas actividades por las personas en cuestión (asociados, accionistas, empleados del cónyuge y cónyuge colaborador sin estatuto). Asimismo, el carácter muy general de la Directiva deja un amplio margen a la apreciación de los Estados miembros. Por este motivo, la Comisión, en el marco del cuarto programa a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres (1996-2000) propone acciones a fin de promover los objetivos de la Directiva 86/613/CEE. En concreto, tras evaluar la situación en profundidad y realizar una amplia consulta con todas las partes interesadas, tiene previsto proponer una nueva directiva a fin de aportar una respuesta a las necesidades reales en este ámbito.

III. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE (2)

CONVENIO SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

52. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-341/93, *Danvaern Production A/S contra Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* Cuestión prejudicial. Competencia judicial y ejecución de resoluciones. Art. 6.3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Concepto de *reconvención*: el número 3 del art. 6 del Convenio sólo se refiere a pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de obtener una condena distinta a la desestimación de la demanda; no atañe a la situación en la que el demandado invoca el crédito de que es titular como medio de defensa. Los medios de defensa y las condiciones en que pueden serlo se rigen por el Derecho nacional.

53. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-474/93, *Hengst Import BV contra Anna María Campese*. Cuestión prejudicial. Competencia judicial y ejecución. Art. 27.2 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Concepto de «*cédula de emplazamiento o documento equivalente*»: el «decreto ingiuntivo» u orden conminatoria de pago acompañado del escrito de demanda se considera cédula de emplazamiento.

54. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-432/93, *Société d'informatique service réalisation organisation (SISRO) contra Ampersand Software BV*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación del apartado 2 del art. 37 y del párrafo primero del art. 38 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Ejecución. Resolución dictada sobre el recurso contra el otorgamiento de la ejecución. Suspensión del procedimiento. Recurso sobre una cuestión de Derecho.

55. STJCE de 19 de septiembre de 1995, As. C-364/93, *Antonio Marinari contra Lloyd's Bank plc*. Cuestión prejudicial. Interpretación del número 3 del art. 5 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. «*Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*»: concepto. No se refiere al lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a una daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante.

(2) La clasificación que sigue, y que a partir de la presente será la utilizada en Crónicas posteriores, se corresponde con la realizada por el Servicio de Información del Tribunal de Justicia en su publicación «Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas», fuente a partir de la que formulamos la calificación de las resoluciones.

AYUDAS DE ESTADO; COMPETENCIA

56. STPICE de 13 de septiembre de 1995, As. acumulados T-244/93 y T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Arts. 92.2 y 3, y 93.3 del Tratado CEE. *Ayudas ilegales*. Suspensión del pago de ayudas hasta la devolución de otras anteriores contrarias a derecho. Incompetencia de la Comisión y violación de los principios que rigen el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Desestimación de los recursos.

57. STPICE de 28 de septiembre de 1995, As. T-95/94, *Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Petición de declaración de infracción del art. 93 del Tratado CEE por la República Francesa. Decisión denegatoria de la Comisión. Estimación del recurso: la realización de actividades de un servicio público a través de sociedades mercantiles controladas en su práctica totalidad por el Estado, el otorgamiento a las mismas de préstamos anticipado y aumento de su capital constituyen ayudas de Estado.

COMPETENCIA

58. STPICE de 6 de junio de 1995, As. T-14/93, *Union internationale de chemins de fer contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Libre competencia. Transporte por ferrocarril. Venta de billetes internacionales. Agencias de viaje. Reglamento n.º 1017/68. Decisión 92/568/CEE de la Comisión, de 25 de noviembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (IV/33.585-*Distribución de billetes de transporte por ferrocarril por parte de las agencias de viaje*). Anulación.

59. ATJCE de 19 de julio de 1995, As. C-149/95 P(R), *Comisión contra Atlantic Container Line AB y otros*. Recurso de casación. Competencia. Art. 85 del Tratado CE. Suspensión en Primera Instancia de la ejecución de los arts. 1 a 4 de la Decisión 94/980, que prohíben el ejercicio conjunto de la facultad de fijar las tarifas aplicables a los segmentos terrestres en el territorio de la Comunidad, en el marco de los *servicios de transporte combinado*. Desestimación del recurso en casación.

60. STJCE de 5 de octubre de 1995, As. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto Srl contra Spedizioni Marittima del Golfo Srl*. Libre competencia. Cuestiones prejudiciales. Interpretación de los arts. 3, letra g), 5, 30, 85, 86 y 90 del Tratado CEE, del Reglamento CEE n.º 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de *libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y países terceros*, y de la Directiva 92/106/CEE del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros. Transporte de mercancías por carretera. Compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario: sí (con condiciones). Aplicación de la Directiva 92/106/CEE del Consejo a transportes combinados

de mercancías entre países terceros y Estados miembros: no. Aplicación del Reglamento CEE n.º 4055/86 del Consejo a transportes por carretera de mercancías desembarcadas del buque: no.

61. STJCE de 19 de octubre de 1995, As. C-19/93, *P. Rendo NV y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*. Libre competencia. Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE. Recurso de casación. Acuerdo que obstaculiza la importación y exportación de electricidad. Omisión parcial de pronunciarse sobre la compatibilidad de este acuerdo con el apartado 1 del art. 85 del Tratado CEE. Anulación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 1 de noviembre de 1992 en el asunto T-16/91.

62. STJCE de 24 de octubre de 1995, As. C-266/93, *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG, y VAG Leasing GmbH*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 85.1 del Tratado CEE y Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de *acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles*. El primer fabricante de automóviles de un Estado miembro no puede obligar a todos sus distribuidores, establecidos en ese mismo Estado, a desarrollar una actividad de agencia en materia de arrendamiento financiero por cuenta de su propia sociedad de arrendamiento financiero.

63. STJCE de 24 de octubre de 1995, As. C-70/93, *Bayerische Motorenwerke AG c. ALD Auto-Leasing D GmbH*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 85.1 del Tratado CEE y Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. *Sistema de distribución selectiva de automóviles*. Un fabricante de automóviles que vende sus vehículos a través de un sistema de distribución selectiva no puede acordar con sus distribuidores que no suministren vehículos a sociedades de arrendamiento financiero cuando estas, sin conceder opción de compra, los ponen a disposición del arrendatario financiado cuyo domicilio o sede social está situado fuera del territorio contractual del distribuidor de que se trate.

64. STJCE de 9 de noviembre de 1995, As. C-91/94, *Thierry Tranchant y otros*. Cuestión prejudicial. Competencia. Interpretación de la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, sobre competencia en los mercados de *terminales de telecomunicaciones*. Se opone a una normativa nacional que bajo sanción prohíbe a los operadores económicos fabricar, importar, poseer para su venta, vender, distribuir aparatos terminales o hacer publicidad de ellos sin haber justificado mediante presentación de homologación o documento equivalente, la conformidad de los aparatos con requisitos esenciales relacionados con la seguridad de los usuarios y el buen funcionamiento de la red.

65. STJCE de 16 de noviembre de 1995, As. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances y otros c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*. Cuestión prejudicial. Competencia. Interpretación de los artículos 85 y siguientes del Tratado. Una entidad con fines no lucrativos que gestiona un *régimen de Seguro de Vejez* destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funciona según el principio de capitalización, es una empresa a los efectos de los artículos 85 y 86.

DERECHO INSTITUCIONAL

66. STJCE de 5 de julio de 1995, As. C-21/94, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*. Directiva 93/89/CEE, de 25 de octubre de 1993, relativa a la aplicación por los Estados miembros de los impuestos sobre determinados tipos de vehículos utilizados para el transporte de mercancías por carretera, así como de los peajes y derechos de uso percibidos por la utilización de determinadas infraestructuras. Solicitud de anulación. Arts. 75 y 99 del Tratado CEE. Vulneración del derecho parlamentario a participar en el proceso legislativo comunitario. Anulación: sí.

67. STJCE de 9 de noviembre de 1995, As. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH y otras contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 189 del Tratado CEE. Medidas cautelares: órganos jurisdiccionales nacionales que dictan medidas cautelares que configuran o regulan las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas respecto a un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario cuya validez es objeto de una cuestión prejudicial. Compatibilidad (condicionada) con el art. 189 del Tratado CEE.

68. STJCE de 14 de diciembre de 1995, As. C-312/93, *Peterkroek, Van Campenhout y Cia. SCS contra Estado Belga*. Cuestión prejudicial. Derecho institucional. Facultad del Juez nacional de *apreciar de oficio la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario*. Limitaciones derivadas de la legislación procesal interna que prohíbe la alegación del Derecho comunitario fuera de plazo. Incompatibilidad con el Derecho comunitario.

69. STJCE de 14 de diciembre de 1995, AS. C-430/93 y C-431/93. *Jeroen van Schijndel y otros contra Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*. Derecho institucional. Calificación como empresa de un fondo profesional de pensiones. Afiliación obligatoria a un régimen profesional de pensiones. Compatibilidad con las normas sobre la competencia. Posibilidad de invocar por vez primera en casación un motivo basado en el Derecho comunitario que implica un cambio de objeto del litigio y un examen de los hechos. Las *normas comunitarias imperativas* (como las normas sobre competencia) pueden ser aplicadas por el Juez, incluso cuando la parte interesada no las haya invocado. El Derecho comunitario no impone al Juez la obligación de aducir un motivo basado en la infracción de normas comunitarias si para ello ha de renunciar a la pasividad que le incumbe y salirse de los límites del litigio tal y como ha sido configurado por las partes.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

70. STJCE de 6 de julio de 1995, As. C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koln e.V. contra Mars GmbH*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 30 del Tratado CEE. Producto comercializado legalmente en el territorio de otro Estado miembro. Legislación nacional: medidas de efectos equivalentes a restricciones cuantitativas. Alegación: presentación de un producto que puede limitar la libertad de fijación de precios de reventa e inducir a error al consumidor. Incompatibilidad con el art. 30 del Tratado CEE.

71. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-16/94, *Edouard Dubois et fils SA y otro contra Garonor exploitation SA*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Interpretación de los arts. 9, 12, 13 y 16 del Tratado CEE. *Derechos de tránsito previstos en un contrato privado*. Exacción de efecto equivalente. Derechos de tránsito destinados a compensar el pago de los gastos originados por el cumplimiento de la función de servicio público de los servicios de aduanas y de los servicios veterinarios: aplicación de los arts. 9 y 12 del Tratado CEE.

72. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-63/94, *Groupement national des négociants en pommes de terre de Belgique contra ITM Belgium SA y Vocarex SA*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 30 del Tratado CEE. Legislación de un Estado miembro prohibiendo cualquier venta que sólo produzca un margen de beneficio extremadamente reducido: inaplicación del art. 30 del Tratado CEE.

73. STJCE de 14 de septiembre de 1995, As. acumulados C-485/93 y C-486/93, *María Simitzi contra Dimos, Cos*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Interpretación de los arts. 9, 12, 13, 16 y 95 del Tratado CEE, y art. 33 de la sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, sobre armonización de las legislaciones en cuanto a impuestos sobre volumen de negocios. Es una *exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana* el tributo *ad valorem* percibido por un Estado miembro sobre las mercancías importadas por otro, por su entrada en el territorio del primer Estado; el tributo *ad valorem* percibido por un Estado miembro sobre las mercancías exportadas a otro Estado miembro, por su salida del territorio del primer Estado. Son exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana los tributos *ad valorem* percibidos por un Estado sobre las mercancías introducidas en regiones de su territorio procedentes únicamente de regiones de ese mismo Estado, o expedidas desde una región únicamente a otras regiones del mismo Estado.

74. STJCE de 5 de octubre de 1995, As. C-125/94, *Aprile Srl, en liquidación contra Amministrazione delle Finanze Stato*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Interpretación de las letras a) y h) del art. 3, y de los arts. 5, 9, 11, 12, 13, 16 y 189 del Tratado CEE. Interpretación de la Directiva 83/643/CEE del Consejo, de 1 de diciembre de 1983, relativa a la facilitación de los controles físicos y de las formalidades administrativas en el transporte de mercancías entre Estados miembros, en su versión modificada por la Directiva 87/53/CEE del Consejo,

de 15 de diciembre de 1986. Exacciones de efecto equivalente en los intercambios con los países terceros: prohibición. Operaciones aduaneras relativas a las mercancías procedentes de países terceros y en especial de los países miembros de la AELC: inaplicación de la Directiva 83/643/CEE del Consejo.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

75. STJCE de 1 de junio de 1995, As. C-123/94, *Comisión contra República Helénica*. Libre circulación de personas. Igualdad de trato. Art. 48.2 del Tratado CEE, art. 3.1 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Incumplimiento. *Requisitos más rigurosos para los extranjeros*, incluyendo a los nacionales de los demás Estados miembros, en materia de contratación en centros privados de enseñanza de idiomas.

76. STJCE de 1 de junio de 1995, As. C-40/93, *Comisión contra República Italiana*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de las Directivas 78/686/CEE, sobre *reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos* de odontólogo, y 78/687/CEE, sobre *coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas* relativas a las actividades de los odontólogos.

77. STJCE de 8 de junio de 1995, As. C-451/93, *Claudine Delavant contra Allgemeine fur das Saarland*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Interpretación de la letra f) del art. 1, del apartado 1 del art. 2, del apartado 1 y del apartado 2 del art. 19 y del art. 20 del Reglamento CEE, n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión codificada por el Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Trabajador que reside en un Estado miembro distinto del Estado competente. *Prestaciones en especie* por enfermedad a miembros de sus familias: determinación a través de la legislación del Estado de empleo, siempre que no tengan derecho a dichas prestaciones en virtud de la legislación del Estado de su residencia.

78. STJCE de 15 de junio de 1995, As. acumulados C-422/93, 423/93 y 424/93, *Teresa Zabala Erasun y otros contra el Instituto Nacional de Empleo*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 4.1.g), 4.2, 5 y 97 del Reglamento (CEE) n.º 1048/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión codificada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Requisitos para que el órgano jurisdiccional de remisión *pueda mantener las cuestiones prejudiciales* planteadas una vez que se ha allanado a las pretensiones de los recurrentes, y han terminado los procedimientos principales.

79. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-216/94, *Comisión contra Reino de Bélgica*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de las obligaciones comunitarias. Directiva 89/48/CEE del Consejo, sobre sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.

80. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-391/93, *Umberto Perrotta contra Allgemeine Ortskrankenkasse München*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Solicitud de prestaciones en metálico por enfermedad. Interpretación de los apartados 1 y 4 del art. 25, y letra c) del art. 691 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, sobre aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad. Con el fin de determinar si puede exigirse razonablemente al desempleado que regrese al Estado competente, la institución competente debe valorar las circunstancias del caso, tomando en consideración los riesgos de empeoramiento de su salud que comportaría el viaje de regreso, y lo gravoso del sacrificio que se vería forzado a afrontar. El concepto de fuerza mayor no se limita al de imposibilidad absoluta de regresar al Estado competente.

81. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-98/94, *Christel Schmidt contra Rijkdienst voor Pensioenen*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Interpretación del apartado 2 del art. 12 y del art. 46 del Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Interpretación del apartado 2 del art. 12 y del art. 46 bis del mismo Reglamento, en su versión modificada por el Reglamento CEE n.º 1428/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992. Prestaciones de la misma naturaleza. Normas nacionales que prohíben la acumulación.

82. STJCE de 5 de octubre de 1995, As. C-321/93, *José Imbernon Martínez contra Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación del art. 73 del Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión resultante del Reglamento CEE n.º 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989. Denegación de asignaciones familiares y complemento por hijos a cargo. Legislación nacional: vinculación de las asignaciones a la residencia del hijo o del cónyuge del trabajador en el territorio de este Estado. Art. 73 del Reglamento CEE n.º 1408/71: equivalente vinculación por residencia en el territorio de otro Estado miembro.

83. STJCE de 12 de octubre de 1995, As. C-242/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España*. Libre circulación de personas. Segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamenta-

rias y administrativas relativas al *seguro directo de vida*, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE. No adaptación del Derecho interno. Incumplimiento de Estado: sí.

84. STJCE de 19 de octubre de 1995, As. C-111/94, *Job Centre Coop. arl*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Interpretación de los arts. 48, 55, 59, 60, 66, 86 y 90 del Tratado CEE. Legislación nacional que excluye a las empresas privadas del ejercicio de actividades de colocación de trabajadores. Incompetencia del TJCE.

85. STJCE de 26 de octubre de 1995, As. C-481/93, *R. Moscato c. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del artículo 13.2 y 39.1 y 5 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo (versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 2001/83 del Consejo), relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. *Totalización de los períodos de seguro*. Cuando la legislación aplicable de un Estado miembro haga depender la concesión de prestaciones por invalidez del requisito de que el estado de salud del trabajador en el momento de afiliación al régimen que la misma establece no haya permitido prever a breve plazo la aparición de su incapacidad laboral a la que ha seguido la invalidez, la institución competente deberá tener también en cuenta los períodos de afiliación que haya cumplido el interesado bajo la legislación de otro Estado miembro.

86. STJCE de 26 de octubre de 1995, As. C-482/93, *S.E. Klaus c. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación de los artículos 25.2, 35.3 y 71.1 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo (versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 2001/83 del Consejo), relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. *Totalización de los períodos de seguro*. Cuando la legislación aplicable de un Estado miembro subordina la concesión de prestaciones por enfermedad a la condición de que la incapacidad laboral del afiliado no existiera ya en el momento de su afiliación al régimen que establece la institución competente debe tener en cuenta asimismo los períodos de afiliación cubiertos por el interesado bajo la legislación de cualquier otro estado miembro como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que aplica. La continuidad de los períodos de afiliación no queda interrumpida porque el trabajador, durante un breve período de tiempo tras el traslado de su residencia de un Estado miembro a otro no haya ejercido actividad laboral ni se haya inscrito como demandante de empleo en el territorio del último Estado.

87. STJCE de 9 de noviembre de 1995, As. C-475/93, *Jean-Louis Thévenon y otros c. Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz*. Cues-

tión prejudicial. Libre circulación de personas. Interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, relativo a la *aplicación de los regímenes de Seguridad Social* a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, a la luz del apartado 2 del artículo 48, y del artículo 51 del Tratado CEE. No se oponen a que sustituya a cualquier Convenio que vincule exclusivamente a dos Estados miembros, cuando un asegurado sólo haya cubierto, antes de la entrada en vigor del Reglamento, períodos de seguro en uno de los Estados contratantes, ni siquiera cuando la aplicación del Convenio bilateral de Seguridad Social hubiera sido más favorable para el asegurado.

88. STJCE de 14 de noviembre de 1995, As. C-484/93, *Peter Svensson y otros c. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de capitales. Interpretación de los artículos 59 y 67 del Tratado. Impiden que un estado miembro supedita la *concesión de ayuda social para vivienda* al requisito de que el préstamo destinado a financiar la construcción se haya contraído con una entidad de crédito autorizada (establecida) en dicho Estado miembro.

89. STJCE de 16 de noviembre de 1995, As. C-152/94, *Openbaar Ministerie c. Geert van Buynder*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. *Situación puramente interna*. Interpretación del artículo 52 del Tratado CEE. No se aplica a la situación del nacional de un Estado miembro que ejerce en el territorio de este una actividad profesional por cuenta propia respecto de la cual no puede invocar ninguna formación anterior realizada en otro Estado miembro.

90. STJCE de 22 de noviembre de 1995, As. C-443/93, *Ioannis Vougioukas contra Idryma Koinonikon Asfalisseon (IKA)*. Cuestión prejudicial. Interpretación de validez del apartado 4 del art. 4 del Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan por la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Interpretación de los arts. 48 y 51 del Tratado CEE. Actividad ejercida por un médico griego en un hospital alemán. Concepto de *funcionario*: referencia a todos los funcionarios empleados por una administración pública y al personal asimilado. Concepto de *especial*: diferencias con la reglamentación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del Estado miembro al que pertenezca. Regímenes especiales de funcionarios.

91. STJCE de 23 de noviembre de 1995, As. C-394/93, *Gabriel Alonso-Pérez contra Bundesanstalt fur Arbeit*. Cuestión prejudicial. Interpretación del n.º 1 del art. 1 del Reglamento CEE n.º 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989, por el que se modifica el Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se

desplazan por la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento CEE n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, y el Reglamento CEE n.º 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento CEE n.º 1408/71. Solicitud presentada por un nacional español por la que pretende obtener para los miembros de su familia el pago de asignaciones familiares. Disposición nacional que limita a seis meses el efecto retroactivo de las solicitudes de asignaciones familiares: no oposición de la legislación comunitaria.

92. STJCE de 30 de noviembre de 1995, As. C-175/94, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte: John Gallagher*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Directiva 64/221/CEE del Consejo, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por *razones de orden público, seguridad y salud públicas*. Salvo caso de urgencia, la autoridad administrativa no puede adoptar una decisión de expulsión antes de que la autoridad competente, que puede ser designada por la autoridad administrativa, haya emitido su dictamen.

93. STJCE de 30 de noviembre de 1995, As. C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Awocati e Procuratori di Milano*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la *libre prestación de servicios por los abogados*. El prestador de servicios puede proveerse en el Estado miembro de acogida de la infraestructura necesaria para realizar su prestación. Un nacional de un Estado que de manera estable y continuada ejerce una actividad profesional en otro Estado miembro en el que, a partir de un centro de actividad profesional se dirige entre otros a los nacionales de ese Estado, está comprendido dentro del ámbito aplicación de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, y no del relativo a los servicios. La posibilidad de que un nacional de un Estado miembro ejerza su derecho de establecimiento y las condiciones para su ejercicio deben determinarse en función de las actividades que pretenda ejercer en el territorio del Estado de acogida.

94. STJCE de 15 de diciembre de 1995, As. C-415/93. *Union Royale belge des Sociétés de football association ASBL y otros contra Jean-Marc Bosman y otros*. Libre circulación de personas. Libre circulación de trabajadores. Normas sobre competencia aplicables a las empresas. *Jugadores profesionales de fútbol*. Reglamentaciones deportivas relativas a la transferencia de jugadores por las que se obliga de nuevo al club a pagar compensaciones al antiguo. Limitación del número de jugadores nacionales de otros Estados miembros que pueden ser alineados en competición. Incompatibilidad con el Derecho comunitario.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

95. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-156/93, *Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Medio ambiente y consumidores. Solicitud de anulación del Reglamento (CEE) n.º 207/93

de la Comisión, de 29 de enero de 1993, que define el contenido del Reglamento (CEE) n.º 2092/91, cuyo objeto es establecer *normas de producción, etiquetado y control* en orden a proteger la agricultura ecológica. Desestimación del recurso.

96. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-431/92, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. Incumplimiento de Estado. Medio ambiente y consumidores. Arts. 5 y 189 del Tratado CEE, en relación con la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados *proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*. Arts. 2, 3 y 8 de la citada Directiva. No aplicación por parte de las autoridades nacionales de una Directiva a la que aún no se ha adaptado el Derecho interno. Recurso: desestimación.

97. STJCE de 12 de octubre de 1995, Asunto C-85/94, *Groupement des producteurs, importateurs et agents généraux d'eaux minérales étrangères, VZW (Piageme) y otros contra Peeters NV*. Medio ambiente y consumidores. Cuestiones prejudiciales. Interpretación de los arts. 30, 128 y 129 A del Tratado CEE. Interpretación del art. 14 de la Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de *etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final*. Etiquetado de agua mineral. Imposición de la utilización de la lengua dominante de la región en la que se vende el producto: no. Lengua fácilmente inteligible para los consumidores del Estado o región de que se trate: sí.

POLÍTICA COMERCIAL COMÚN

98. STJCE de 17 de octubre de 1995, As. C-70/94, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contra Bundesrepublik Deutschland*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 113 del Tratado CEE. Interpretación del art. 11 del Reglamento CEE n.º 2603/69 del Consejo, de 20 de diciembre de 1969, por el que se establece un régimen común aplicable a las exportaciones. Política comercial común. Exportación de bienes de doble uso. Seguridad pública: exportación de un producto que puede utilizarse con fines militares; necesidad de autorización. No oposición con el Derecho comunitario.

POLÍTICA SOCIAL

99. STJCE de 31 de mayo de 1995, As. C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark contra Dansk Industri*. Cuestión prejudicial. Política social. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Arts. 119 del Tratado CEE y directiva 75/117/CEE del Consejo. El *principio de igualdad de retribución* se aplica a sistemas de retribución «por unidad de obra realizada» o a destajo; no prohíbe la percepción de retribuciones totales diferentes para trabajadores pertenecientes a grupos distintos, que realizan trabajos que se consideran con el mismo valor, siempre y cuando estas sean consecuencia de diferentes resultados del trabajo individual;

es aplicable también cuando la retribución se fija a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local.

100. STJCE de 13 de julio de 1995, As. C-116/94, *Jennifer Meyers contra Adjudication Officer*. Cuestión prejudicial. Política social. Interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Derecho a obtener una «family credit» o prestación vinculada a los ingresos que se concede para completar los recursos de los trabajadores de bajos salarios con hijos a su cargo: queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva.

101. STJCE de 11 de agosto de 1995, As. C-92/94, *Secretary of State for Social Security y otros contra Rose Graham y otros*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación de la letra a) del apartado 1 del art. 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social. Prestaciones de invalidez. Atención a la edad de jubilación.

102. STJCE de 19 de septiembre de 1995, As. C-48/94, *Ledernes Hovedorganisation, madataria de le Rygaard contra Dansk Arbejdsgiverforening, mandataria de Stro Molle Akustik A/S*. Cuestión prejudicial. Interpretación del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Contrato entre dos empresarios para terminar una obra con acuerdo del comitente. Trasmisión de empresa: no.

103. STJCE de 17 de octubre de 1995, As. C-450/93, *Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*. Política social. Cuestión prejudicial. Interpretación de los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Igualdad de trato. Derecho nacional: normativa que, ante gual capacitación de candidatos de distinto sexo, considera la preferencia por las candidatas femeninas: oposición al Derecho comunitario.

RELACIONES EXTERIORES

104. STJCE de 6 de junio de 1995, As. C-434/93, *Ahmet Bozkurt contra Staatssecretaris van Justitie*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo entre la CEE y Turquía, firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963 y aprobado en nombre de la Comunidad mediante Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963. Arts. 2 de

la Decisión n.º 2/76, de 20 de diciembre de 1976, y 6.1 de la Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación: interpretación. Libre circulación de trabajadores. Conductor de transportes internacionales. *Conexión suficiente con un Estado miembro*. Valoración por parte del órgano jurisdiccional nacional: lugar de contratación, legislación nacional aplicable en materia de Derecho del Trabajo y Seguridad social, existencia de empleo. Incapacidad laboral permanente. *Derecho de permanencia*.

105. STJCE de 12 de diciembre de 1995, As. C-469/93. *Amministrazione delle finanze dello Stato contra Chiquita Italia SPA*. Relaciones exteriores. *Efecto directo de las disposiciones contenidas en el GATT y en los Convenios de Lomé*. Tributos internos. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio no contiene disposiciones que atribuyan a los particulares derechos que éstos puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a las disposiciones nacionales que las contradigan. El Cuarto Convenio ACP-CEE puede contener tales disposiciones.

TRANSPORTES

106. STJCE de 9 de noviembre de 1995, As. C-235/94, *Alan Geoffry Bird*. Cuestión prejudicial. Transportes. Interpretación del artículo 12 del Reglamento (CEE) n.º 3820/85, relativo a la armonización de disposiciones en materia social en el sector de los *transportes por carretera*. Un conductor está autorizado a acogerse a las excepciones por razones de seguridad a las disposiciones del Reglamento únicamente en caso de fuerza mayor; un conductor no puede invocar las excepciones en su beneficio si había previsto aplicarlas desde antes de haberse iniciado el trayecto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CILVETI GUBIA, M.^a Belén: «Mejoras útiles en los Contratos sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos», Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 381.

Bajo el título arriba reseñado la Dra. Cilveti Gubia nos ofrece un completo estudio de un tipo de mejora «La útil» para cuya realización dentro del contrato de arrendamiento rústico se encuentran legitimados tanto el arrendador como el arrendatario, lo que frente al derecho anterior supone una novedad en el régimen jurídico que del contrato locativo se hace en la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sin duda por los importantes efectos que llevará consigo la actividad mejoraticia.

Precede a la obra que en su día constituyó la tesis doctoral de la autora, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, un interesante prólogo del Dr. Doral en el que pone de manifiesto cómo se origina durante la vida del contrato una disociación entre propiedad y explotación en la que el legislador, lejos de mostrarse neutral en su regulación, ahonda en ella, aun cuando se intente llegar a un equilibrio mediante la incorporación al contenido típico del contrato de esta facultad de mejorar.

La Dra. Cilveti estructura la monografía que recensamos en tres partes o capítulos en las que lógicamente se destaca entre los presupuestos para que opere y las consecuencias a las que se llega.

Se inicia con la definición legal de la figura para después en su segundo capítulo estudiar el aspecto subjetivo de la actividad mejoraticia constituyendo éste sin duda, el núcleo fundamental de la obra, poniendo fin a la misma con un completísimo estudio de los efectos que se derivan de su ejecución, tanto si ha sido el arrendador como el arrendatario quien la realizó, destacando, cuando es éste su autor y opta por el abono de mejoras, el tratamiento que se hace en el art. 64 LAR de las garantías que tiene el arrendatario para el cobro de su crédito frente al arrendador, cuestión totalmente novedosa de la actual regulación del contrato de arrendamiento rústico.

Una de las cuestiones con que se inicia este estudio sobre la mejora útil, es la de su delimitación legal y ello no tanto por la propia actividad mejorati-

cia —no hay que olvidar que estamos ante un contrato de explotación en el que se ceden las fincas art. 1 LAR para servir de instrumento en la obtención de beneficios ni que el arrendatario tiene la posibilidad de determinar el destino del cultivo, art. 10.1.º LAR— sino por los efectos que la ley anuda a su realización según sea el arrendador o el arrendatario quien los lleva a cabo. Ahora bien tomando como punto de partida el concepto legal de mejora útil del art. 57.1.º LAR, después de limitar su estudio a las de carácter facultativo, va perfilando su aplicación a través de los tres requisitos que configuran el supuesto de hecho de la mejora útil: así su condición de acto humano la aleja de los gastos necesarios art. 47 LAR, su incorporación a la finca excluye la mejora de empresa no obstante lo dispuesto en los art. 47 y 49 LAR respecto de los cuales la autora lleva a cabo una perfecta coordinación y por último la «*plus utilitas*» inherente a este tipo de mejora, excluye de su calificación a las plusvalías ajenas a las finalidades agrarias así como aquellas técnicas substitutorias de la producción agrícola que por vía de derecho comunitario se están introduciendo en nuestro Derecho y que si bien en principio no existe dificultad en aplicar a la repoblación forestal la normativa del art. 57.1.º LAR si es el arrendatario quien la efectúa, teniendo en cuenta el silencio que en este sentido se adopta por el Real Decreto 378/1993, de 12 de marzo, (BOE 30.3 de Ayudas a la forestación de Superficies Agrarias), como acertadamente señala la autora, la cuestión habría que trasladarla al campo de si está legitimado el arrendatario para ello, cuando el aprovechamiento forestal no es objeto del contrato de arrendamiento rústico.

¿Pero existen mejoras facultativas? El interrogante formulado por la Dra. Cilveti no es en modo alguno baladí en cuanto una contestación negativa impondría vaciar de contenido gran parte de la regulación que de su régimen jurídico se hace en la Ley de Arrendamientos Rústicos y ello podría ser así si observamos cómo la afirmación está íntimamente unida con el auge que últimamente ha alcanzado la llamada función social de la Propiedad, art. 33 C.E. de suerte que el «deber de mejorar» ha surgido plasmado en algunos textos normativos autonómicos y que en aras de la consecución de diversos intereses públicos se puede imponer tanto al arrendador como al arrendatario, en cuyo caso la ejecución de mejoras nunca sería un acto libre sino el cumplimiento de este deber impuesto por la función social (Ley 8/1984, de 3 de julio de Reforma Agraria Andaluza o la Ley 1/1986, de 2 de mayo sobre regulación de las dehesas de Extremadura). Sin embargo, y a pesar de que esta función social tiende a crear lazos de dependencia entre las titularidades, (propiedad-arrendamiento) y las facultades que la integran, la Dra. Cilveti sostiene que no hay la menor duda, y máxime en la propiedad rústica, que no se puede admitir la existencia de un deber general de mejorar y ello porque el concepto de función social puede ser calificado de indeterminado y en consecuencia varía de igual manera que lo hacen los intereses públicos y frente a ello la Ley de Arrendamientos Rústicos atribuye al arrendador y al arrendatario la posibilidad de efectuar mejoras, siendo ésta calificada como facultad concedida en atención a los intereses particulares que las partes representan aunque connotada con intereses públicos. Siendo en las mejoras obligatorias donde se origina esa conexión con la función social.

Si se configura a la mejora útil como facultativa, arts. 58 y 60 LAR será preciso delimitar quién está legitimado para ello: partiendo de ambos preceptos, lo están tanto el arrendador como el arrendatario si bien como pone de re-

lieve la autora desde una posición diferente. Iniciándose así con ello el estudio del aspecto subjetivo de la mejora que sin duda constituye el núcleo central del trabajo y donde se aportan tanto puntos de vista totalmente nuevos como soluciones ausentes de la regulación legal a excepción de los arrendamientos de larga duración art. 28 LAR; pues si el arrendador puede realizarlas previa autorización del IRYDA (RD. 1055/1995 de 23 de junio sobre modificación de la estructura básica del MAPA BOE de 4 de julio) oído el arrendatario, art. 58 LAR cuando es éste, deberá comunicar por escrito al arrendador el plan de la mejora proyectada o bien oído el arrendador podrá iniciar las obras con informe favorable del IRYDA, art. 60 LAR; pero además, así como el arrendatario será el titular del derecho de arrendamiento, no siempre se identifica el arrendador con el propietario, pues aunque sea éste la persona legitimada para mejorar, es preciso poner en conexión esta facultad con quien puede ser arrendador a los efectos de la LAR en atención al contenido de los art. 12 y 13 LAR. No hay duda que si el arrendador es propietario puede efectuar mejoras útiles siempre que no menoscabe ni el rendimiento de la finca ni su uso agrícola si bien no olvidando el derecho irrenunciable que la LAR concede al arrendatario a determinar el tipo de cultivo, art. 10, 1 LAR y aunque no se contemple en la Ley locativa igualmente puede el propietario no arrendador efectuarlas siempre que no perjudique el derecho de goce que el mismo ha constituido sobre la finca. Pero al lado de los supuestos enunciados se contempla la posibilidad de que titulares de derechos reales (usufructuarios, superficiarios, enfiteutas) art. 13 LAR pueden realizar también en cuanto arrendadores estas mejoras, en cuyo caso es preciso para que se aplique el art. 58.2.º que el arrendador conforme al derecho de goce que ostenta sobre la cosa pueda ejecutarla regulándose el contenido del mismo por las normas de derecho civil previstas en el código o en los derechos civiles especiales o forales.

Partiendo de que el arrendador mejora en cosa propia y que por el contrario el arrendatario modifica el fundo ajeno, previniendo los efectos que la ley especial anuda a la ejecución de mejoras —elevación de renta para el arrendador y derecho a indemnización si la realiza el arrendatario— no se deja al libre arbitrio de ninguna de las partes su realización sino que se establecen unos controles diferentes para cada uno de los contratantes: si el arrendador no quiere o no consigue ponerse de acuerdo con el arrendatario, puede, previa autorización del IRYDA, realizar la mejora la cual en opinión de la autora sólo será ésta necesaria cuando falte este consentimiento por parte del arrendatario, justificando tal conclusión en la función que la Ley de Arrendamientos Rústicos atribuye a este organismo; igualmente si el arrendador es titular de un derecho de goce sobre cosa ajena, si es él el que como arrendador realiza mejoras, se verá sometido a la norma del art. 58.1.º LAR estando tal actividad en todo caso limitada por las facultades que le confiere el derecho de goce. En cambio si es el arrendatario el que las lleva a efecto, la cuestión que se plantea es la determinar si además del consentimiento del arrendador art. 60 LAR necesitará el del propietario cuando éste sea un tercero en relación al contrato de arrendamiento, admitiendo la Dra. Cilveti que la solución a adoptar depende en todo caso del contenido del derecho del arrendador ya que no se puede conferir al arrendatario más facultades que las que el mismo tiene, para precisar que sí es necesario el consentimiento del propietario para que las mejoras sean indemnizables o no sea su actuación un acto ilícito.

No hay duda que el alcance del consentimiento de los art. 58.1.º y 60 LAR no es idéntico así como tampoco la omisión del mismo pues tanto la autorización del IRYDA como el informe favorable de éste oído el arrendador suplen a aquél, si bien tal y como está estructurada en la ley, los presupuestos que se exigen para la legitimación del arrendatario hace que la autora se cuestione, el alcance del silencio del arrendador una vez que ha transcurrido el mes a que se refiere el art. 60 LAR .

La Dra. Cilveti se inclina por medio de un discurso muy bien razonado que si no hay oposición del arrendador, ni deseo de intervenir, se presume que éste presta el consentimiento sin que quepa prueba en contrario y ello porque el arrendatario tiene el deber de notificar por escrito al arrendador y si cumple con su obligación se opera sin más el efecto de la norma. Por último y desde el aspecto subjetivo de la mejora, plantea cuál es el alcance de la necesidad de consentimiento o autorización arts. 58.1.º y 60 LAR, ¿son requisitos para la realización de mejoras útiles o son meras cargas que han de observarse? Ante la ausencia de referencias normativas en la legislación especial arrendaticia resulta difícil dilucidar su naturaleza si bien la adopción de la segunda postura la basa en que no se enumera entre las causas de resolución del contrato arts. 75 y 76 LAR la realización de mejoras sin consentimiento ni autorización, por tanto no puede considerarse como causa de extinción para los arrendamientos rústicos regulados en la LAR ni tampoco se incluye en el art. 1556 CC.

Se dedica la última parte de este estudio al análisis de los efectos que se siguen de la realización de las mejoras útiles y lo que primeramente llama la atención es lo íntimamente unido que está el mismo al aspecto subjetivo ya que sólo cuando los contratantes hayan observado el procedimiento legal arts. 58 y 60 LAR se producirán los efectos favorables que establece el legislador en la Ley especial: éstos se concretan en el incremento de renta para el arrendador; n.º 2 art. 58 LAR y la indemnización para el arrendatario si la mejora persiste al extinguirse el contrato art. 62.1.º LAR.

La Dra. Cilveti realiza un estudio muy completo de las consecuencias de la actividad mejoraticia tanto desde la posición del arrendador como de la del arrendatario. Para aquél, encuentra en el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones del contrato la razón por la que el legislador introduce una normativa singular para la revisión de la renta vía parr. 2 art. 58 diferente del señalado en el art. 40 a 43 LAR. En cambio si es el arrendatario, no sólo el legislador parte de que «las mejoras hechas en la tierra han sido realizadas por el arrendatario» salvo prueba en contrario, art. 51 LAR, sino que tiene la opción de o retirar las cosas en las que se ha materializado su actividad mejoraticia o exigir una indemnización por las mismas, art. 62, 1 LAR lo cual implica una desviación de las normas generales sobre accesión, art. 360 CC y reivindicación, incluso aunque se trate de mejoras separables respecto de las que no ha tenido lugar la accesión. De las dos posibilidades que se conceden al arrendatario que mejora, sin duda alguna resulta novedosa la estructura de la indemnización que tiene este derecho a obtener al término del contrato, pero no se agota en ella, sino que además le considera acreedor refaccionario, dotándole de los mismos privilegios y garantías con que éste aparece revestido, y esto aún cuando esta obligación no tenga un origen legal sino en el hecho complejo descrito en la propia norma (CARROZZA).

Llegado este momento la autora sostiene que el criterio que sigue la ley aún cuando se quiso buscar un equilibrio de ambas posiciones es beneficioso para el arrendatario manifestado en las siguientes consideraciones: que exige la subsistencia de la mejora al tiempo de terminación del contrato art. 62.1 LAR y no al de la restitución de la finca, porque además ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad derivada de la mora no es *postmoran* sino *protermoran*. A ello se puede añadir la posible continuación en el arrendamiento —arrendamiento renovado— art. 61, 2 LAR y por la especialidad que reviste la extinción de la obligación de indemnización: compensación, renuncia y prescripción.

Terminado el arrendamiento por cualquier causa se procede a la identificación del sujeto pasivo con aquél que en ese momento ostente la condición de arrendador, que puede coincidir con el propietario, con un titular de derecho sobre cosa ajena o con el adquirente de finca arrendada vía art. 74 LAR; sin embargo en opinión de la autora, la expresión «a elección de éste» del art. 62.1 LAR, será el arrendador el que opte en compensación por las mejoras, o bien por el mayor valor que tenga la finca o bien por el coste actual que supondría la realización de las que todavía subsistan, recibiendo la deuda que surge, la categoría de deuda de valor, por ello cobra especial relieve la liquidación de la indemnización que se efectuará en el momento del pago bien convencionalmente o bien judicialmente en la sentencia.

Pero además el arrendatario, verá garantizado su crédito con un alarde proteccionista sin parangón ni en nuestro ordenamiento jurídico ni en el Derecho Comparado, al equipararle con el acreedor refaccionario, art. 64 LAR. Para ello será preciso adoptar el concepto amplio proporcionado por la doctrina, De Angel y Gullón, del crédito refaccionario (cualquier contrato y por aportar un plus valor a la finca) siendo preciso diferenciar según que el mismo haya tenido o no acceso al Registro de la Propiedad. El procedimiento tabular que se sigue consiste básicamente en la anotación preventiva art. 42, 8 LH y su posterior conversión en hipoteca, arts. 92, 93 LH. Estos créditos anotados o inscritos son singularmente privilegiados art. 1923, 3 CC siendo la prelación entre los mismos la fijada en el art. 1927 CC. Decantándose claramente la Dra. Cilveti a favor de que, si se opera la conversión, vía art. 92 LH estaremos en presencia de una auténtica hipoteca legal art. 158 LH pero que incluso a veces va a funcionar como hipoteca sobre cosa ajena cuando el arrendador sea persona distinta del propietario y se encuentre con ello gravando una finca que no pertenece al deudor, siendo de nuevo el aspecto subjetivo de la mejora el que debe ser tenido en cuenta para determinar cuál es la posición del propietario de la finca gravada que no ha intervenido en el otorgamiento del contrato de arrendamiento rústico.

Estamos ante un trabajo rigurosamente elaborado. La autora realiza un gran esfuerzo intelectual sobre un tema en el que la Ley de Arrendamientos Rústicos sólo aporta su denominación. Su meta se centra en buscar soluciones sólidamente fundadas para aquellas cuestiones que *a priori* no encuentran encaje dentro de su regulación normativa sin olvidar el ajuste que debe realizar con el llamado Derecho Comunitario. Para ello no oculta posturas ni argumentos contrarios sino que combatiéndolos se decide por lo que se considera más adecuado a la figura en estudio.

DE NOVA, Giorgio: «Nuovi contratti», Colección «Il diritto attuale», núm. 10, seconda edizioni, UTET, Torino, 1994, págs. 388.

Algo se está moviendo en el Derecho europeo de los contratos en particular, y el movimiento que se inició aproximadamente hace un decenio en Francia, ha pasado a otros países como lo prueba el libro que recensiono. Los viejos dogmas de la doctrina general del contrato se están poniendo a dura prueba a través de una frondosa legislación especial que ha prestado argumentos a los partidarios de la «descodificación».

La obra de DE NOVA ofrece interés bajo una doble perspectiva: en cuanto que se ocupa *in extenso* de cierto número de contratos atípicos —en su mayoría, de origen anglosajón— que se han puesto de moda en los países continentales, y en cuanto a las consecuencias que extrae en relación con la doctrina general del contrato.

El crédito al consumo supone el estudio de la Ley italiana de 1992 que ha desarrollado la correlativa Directiva comunitaria, y que ofrece un contrapunto interesante a la reciente ley española de 1995. No hace falta ponderar la utilidad del método comparativo en esta materia. En cambio, los contratos de *engineering*, *factoring* y *franchising*, absolutamente atípicos en nuestro ordenamiento, ofrecen al estudioso español una interesante experiencia italiana. Por último, el *leasing* tiene ya en nuestra doctrina y jurisprudencia una rica problemática, en no escasa medida influida y modelada por la legislación de naturaleza fiscal, aunque no resulta desdeñable la aportación de dicho país.

Respondiendo a las características de la colección en que se inserta, el autor aporta en cada uno de estos nuevos contratos materiales de interés práctico, lo que realza su valor para Seminarios, Mesas Redondas etc.; de singular interés son los modelos de formularios extraídos de la práctica internacional y anglosajona, usos, normas deontológicas, reuniones de expertos etc. que se incluyen en la obra.

Con todo, acaso lo más atractivo de la obra de DE NOVA sean las reflexiones contenidas en la primera parte en torno al significado y alcance actual de la doctrina general de los contratos en el C.c. de 1942. Frente a la opinión de MESSINEO estas últimas normas ya no tienen un significado central, afirmando que no pueden considerarse la disciplina de una figura unitaria. En su opinión, se ha producido un fenómeno centrífugo debido a diversas circunstancias tales como la intervención legislativa (como en los arrendamientos), y al florecimiento de nuevos contratos, importados del extranjero confiados a la autonomía privada con vocación de autosuficiencia. ¿Qué otra cosa representan las disposiciones generales sobre la formación del contrato, contenidas en el Convenio de Viena de 1980, que una nueva parte general del contrato?; enfática afirmación que no deja de tener fuerza de convicción.

Partiendo de que la regulación de los contratos típicos en la redacción originaria del Código de 1942 se estimó por la doctrina completa y actualizada, y considerando más bien escasa la intervención legislativa respecto de los mismos, al cabo de medio siglo el autor constata importantes modificaciones: ha cambiado el marco de referencia, que ahora es supranacional; se ha alterado el juego de las fuentes por el creciente relieve adquirido por las fuentes secundarias (usos); se ha modificado el nivel de la intervención legislativa, que afecta a los sujetos y a la agrupación de los contratos; también se ha alterado la naturaleza de las disposiciones, cada vez más imperativas y caracterizadas

por una intencional indeterminación sobre el ámbito de aplicación, lo que a juicio de DE NOVA origina el preocupante fenómeno de la *perdita della fat-tispecie*. A modo de conclusiones señala DE NOVA que el moderno Derecho de las obligaciones y contratos se encuentra influido por dos líneas contrapuestas; de un lado el contrato *inter pares* que es equitativa en cuanto acto de verdadera autonomía, y por otro el contrato en el que una de las partes debe ser tutelada por el legislador; de una parte, el contrato individual, celebrado persona a persona, objeto de tratos preliminares y que puede llegar a convertirse en auténtica *lex privata*, y de otra el contrato *standard* predispuerto por uno de los contratantes; doble contraposición que en el Código no encuentra adecuada relevancia. Para los nuevos contratos en que aparezcan estas contradicciones deberá pensarse en una tipificación en la que la cualidad de contratante débil, caracterice el tipo o subtipo. También podría pensarse en una disciplina o regulación para los tipos contractuales elaborados por la práctica en forma de contratos *standard* que consagre las condiciones generales con exclusión de las que sean fruto de la predisposición unilateral. Tarea que, a su juicio, no resulta nada fácil.

Libro incitante, que aporta más interrogantes que soluciones, y que puede ayudar a plantear entre nosotros una saludable reflexión sobre la función actual de la doctrina general del contrato.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: «La codificación del derecho Internacional privado en América latina. Ambitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas», ed. Beramar, Madrid, 1995, págs. 445.

Cualquier recensión que pretenda no pasar desapercibida ha de caracterizarse por un talante crítico, huyendo de excesivos y sonrojantes halagos que hagan suponer más la amistad entre «recesionante» y «recensionado» que un objetivo comentario de la obra. A veces, sin embargo, ello no es posible. Tal es el caso de la obra monográfica de Diego P. Fernández Arroyo, fruto de una labor cuidadosa, impecable en su metodología, que pone de manifiesto el profundo conocimiento y mimo del autor hacia su objeto, así como su capacidad de análisis, ordenación y síntesis. Dicho esto, y desvelado el tono de la recensión, creo que lo más oportuno es dar cumplida noticia de lo que el lector puede encontrar en la obra, aconsejando desde este mismo momento su lectura a todo aquel que quiera conocer sin aburrirse una realidad que trasciende al título de la monografía. Quede también alejado en este frontispicio el temor generalizado (¡aunque no exento de razón!) ante el esoterismo de algunas obras relativas a la disciplina de Derecho internacional privado: la presente conjuga de forma poco común el rigor y la claridad expositiva. El lector podrá juzgar.

La monografía discurre en cuatro actos: uno bajo la rúbrica «Introducción», y otros tres capítulos de fondo. En el primero, que tal vez debió llamarse todo él «Apuntes metodológicos», encauza y justifica el autor el tratamiento del contenido sustantivo posterior; pero no se limita a descubrir el

método, sino que aporta su particular visión de aquéllos posibles en su concreta proyección sobre el ámbito geográfico (América Latina) y material (DIPr en su triple dimensión).

Desdeñando sumarse a cualquiera de las clasificaciones expositivas existentes en cuanto al desenvolvimiento de la codificación del DIP en América Latina, opta el autor por un desarrollo estructural para los tres grandes bloques expositivos. En el primero presenta el origen y evolución de la codificación del DIPr como fenómeno que integra y es tributario al mismo tiempo de las corrientes políticas, económicas y sociales imperantes en cada momento: desde el idealismo internacionalista de finales del siglo pasado que acompaña a la ideología liberal, pasando por la crisis del internacionalismo unida a la del liberalismo económico del período de entreguerras, hasta la recuperación que se produce a partir de mediados de siglo. Operando de las consideraciones genéricas a lo particular, sigue a esta caracterización del proceso codificador el examen particular de la concreta labor de los Congresos Hispanoamericanos de principios de siglo XIX hasta el Tratado de Lima de 9 de diciembre de 1877, primera obra integral de DIPr, de la génesis y efectos de los Tratados de Montevideo, y de su revisión en 1939-40.

Fiel a la declaración previa según la cual el desarrollo de la obra no es cronológico sino estructural, aborda el autor a continuación el movimiento panamericano, de vida paralela a la de los intentos referidos en el párrafo anterior, alcance mucho más vasto, y liderazgo de los EEUU. Es fruto del mismo el Código Bustamante, cuyos avatares y consecuencias son descritos en la misma línea de rigorismo científico que informa toda la obra. Cierra el capítulo la referencia al cénit del panamericanismo, con la creación de la OEA en 1948.

Ya desde su título revela el capítulo II su objeto central, que no es otro que el estudio de la CIDIP, creada por la Asamblea General de la OEA en 1971: con ella se inicia en materia de codificación internacional del DIPr el recurso a una metodología consistente en elaborar Convenios singulares sobre materias específicas, al estilo de la Conferencia de La Haya en el continente europeo. A modo de introducción, expone el autor lo que considera «significativas cuestiones de orden puramente técnico», que son, desde el punto de vista de la labor de la entidad, la dificultad para dar continuidad al esfuerzo unificador, por su carácter de organismo no permanente; y desde el punto de vista de los resultados, esto es, de la unificación del DIPr, la sistemática inclusión en los Convenios de cláusulas tipo.

Tras el análisis de la CIDIP desde la perspectiva apuntada sigue la de su situación en el ámbito mundial (su relación con los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante; su permeabilidad a las influencias procedentes de la Conferencia de La Haya, y necesidad de coordinación con ésta y con otros foros de unificación jurídica en materias como la sustracción internacional de menores, la contratación mercantil o el arbitraje), y desde el examen de los elementos que condicionan la codificación (materias reguladas, participantes, intereses en presencia). El apartado dedicado a la Conferencia concluye con la referencia a las opciones metodológicas de la misma, y a la problemática de su coexistencia y coordinación con las codificaciones autónomas estatales. Tras ello se cierra el capítulo II con lo que es propiamente un epílogo a éste y al precedente: se trata de la somera (somera, al menos, en comparación con el prolongado tratamiento de que son objeto los movimientos e instituciones aludidas hasta el momento) indicación de los procesos de codificación inter-

nacional de DIPr que no intentan involucrar a todos los Estados del Continente, sino que son espacialmente limitados.

Si el valor de la Introducción de la obra de Diego P. Fernández Arroyo radica en su abstracción, y por lo tanto, en ser susceptible de proyectar su enseñanza a cualquier otro objeto distinto, el del último capítulo tiene mucho que ver con su carácter singular, relativo a España en las relaciones con los países iberoamericanos; aunque ello no empece la presencia de consideraciones generales en apariencia ajenas al tema monográfico, y, sin embargo, necesarias como cimientos de la construcción expositiva. Es este tercer y último capítulo esencialmente distinto de los anteriores, pues se abandona en el mismo la codificación internacional, y se adopta como objeto la del DIPr a nivel singular en cada Estado. Retoma el autor ahora una idea ya enunciada en la Introducción a propósito de la originalidad de la familia jurídica latinoamericana, que se hace evidente a través de la codificación estatal. Descendiendo de lo general a lo particular, describe primeramente el proceso codificador en sentido amplio, para dedicarse después a la rama concreta que constituye el DIPr. En las breves páginas destinadas a lo primero, procede D. Fernández Arroyo desde la síntesis necesaria de la experiencia de la codificación estatal decimonónica (sus caracteres esenciales, los específicos a los distintos ámbitos geográficos en que se desarrolla, con la especial referencia al fenómeno en el Continente americano), para presentarnos luego, bajo el epígrafe del mismo nombre, la configuración del DIPr americano en el Código civil; la exposición, amenizada por la referencia a los factores sociales e históricos (conquista, colonización) que determinan la especialidad americana, describe amplia y detalladamente la formación histórica de los sistemas de los distintos países americanos, con especial atención a la recepción en los mismos, a través del influjo de otras codificaciones, de las ideas de Savigny, Story y Mancini.

La cuestión relativa a la gestación y desarrollo de la normativa de DIPr en el Código Civil da paso a la pregunta acerca de las consecuencias de la sistematización en este cuerpo legal. Ello conduce al autor a una serie de apreciaciones susceptibles de predicarse de todo sistema que sume a las normas civiles las propias al tráfico privado internacional: de la falta de autonomía del DIPr incluido en los Códigos Civiles (hasta el punto de que tal vez no puede hablarse siquiera de una codificación «de DIPr»), idea central de esta parte, se derivan a juicio de autor toda una serie de implicaciones para esta rama del Derecho, que van desde la dispersión de las normas de DIPr en diferentes ámbitos legales, pasando por la elaboración de una «parte general» de la disciplina como intento desde el plano científico de paliar la falta de autonomía en el plano positivo, hasta las dificultades de articulación de las relaciones entre las normas codificadas y las procedentes de fuentes no estatales. El capítulo destinado a estas reflexiones se cierra con una reflexión sobre el estado actual de cosas: subsistencia, pese a todo, de la regulación de los problemas de DIPr en los Códigos Civiles, y viabilidad del modelo de codificación basado en una Ley especial esto es, fuera del Código.

Cierra la monografía una sección del mayor interés desde la óptica un tanto egocéntrica del jurista español, que es la dedicada a la reglamentación del tráfico jurídico privado externo entre Iberoamérica y España. Pone el autor de relieve cómo también en este marco protagoniza nuestro país la habitual doble proyección hacia dos ámbitos geográfica, política, cultural y económicamente bien diferenciados, que son América y Europa. De la primera nos ilustra con numerosos ejemplos de carácter histórico: desde las relaciones

convencionales bi- o multilaterales participadas por España en el siglo XIX, pasando por el efecto del Código Bustamante en un país, como era el nuestro, prácticamente desnudo en la disciplina de DIPr, y que llega al punto de que se proponga la adhesión al documento, hasta los Tratados de Paz y de Amistad que ponen fin a las rencillas originadas por los procesos de independencia, o los Convenios de doble nacionalidad. Termina el autor con el balance de las perspectivas actuales de regulación de las relaciones internacionales jurídico privadas entre España y América a través de vías «propias» (acuerdos bilaterales, incorporación a los Convenios de la CIDIP), e «impropias» (participación en la Conferencia de Ministros de Justicia iberoamericanos, o en otros foros de elaboración normativa con alcance potencialmente universal), en el que pesa de modo específico la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y la integración de nuestro país en la CEE.

Ninguna duda cabe de que la obra monográfica de D. P. Fernández Arroyo está plena de grandes valores: por su objeto, escasamente conocido y sistematizado en nuestro país hasta este momento; por la riqueza en materiales y el rigor en la investigación y en la exposición; por la formulación de consideraciones necesarias al objeto de la obra, y al DIPr como disciplina dotada de entidad propia, y que revelan el profundo conocimiento de las bases ontológicas de la misma por parte del autor; y finalmente, por su prosa ágil, que convierte la lectura en una actividad valedera para llenar sin pena los momentos de ocio.

MARTA REQUEJO ISIDRO

MALAUURIE, Philippe/ AYNES, Laurent: «Les contrats spéciaux. Civils et commerciaux», tome VIII del «Cours de Droit civil», Édition Cujas, 8^{ème} édition 1994/1995, Paris, págs. 663.

En el panorama bibliográfico francés, el Curso de Derecho Civil del Profesor MALAUURIE y de su estrecho colaborador y discípulo, el Prof. AYNES, se ha afianzado con personalidad propia por sus excelentes cualidades didácticas y por la originalidad de sus planteamientos. Lo prueban sus reiteradas ediciones. Ante la 8.^a ed. de los contratos en particular sólo cabría destacar el esfuerzo de síntesis que representa encerrar en poco más de 600 páginas el estudio de los contratos civiles y mercantiles. Conviene, sin embargo, fijarse en la intencionada distribución de la materia ya que un tercio de páginas se dedica al contrato de compraventa, siguiendo luego en importancia los contratos de mandato, arrendamientos, obra y resolución de litigios con aproximadamente medio centenar de páginas a cada uno; el resto son los *petits contrats* que merecen una menor atención. Esta solución puede servirnos de referencia si se consolidan los nuevos Planes de Estudios en los que la materia contractual sufre un recorte drástico, que únicamente puede salvarse si se ha tenido la precaución de introducir la optativa de «Contratos en particular» en la que, evidentemente, no podrá reiterarse la metodología del plan anterior. Tampoco tienen desperdicio las páginas introductorias modestamente tituladas «premières vues sur les contrats spéciaux», en las que se recoge y valora el amplio debate doctrinal suscitado en Francia en el último decenio. Me parece de es-

pecial interés el interrogante que plantea en la pág. 36: *Retour à la théorie générale?* A su juicio, desde la mitad de los años 80 se ha manifestado, en la doctrina y en el derecho positivo, una aspiración de vuelta a la teoría general del contrato, enriquecida eventualmente con ciertas reglas nuevas tales como los contratos de adhesión o la protección a los consumidores; este movimiento se explica por diversas razones: 1.º políticamente, el ocaso del dirigismo y la vuelta al liberalismo hacen dudar de las virtudes de la reglamentación estatal (REMY: *les contrats ont certes besoin de droit; il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi*); 2.º la unificación europea (CADIET: *les lois spéciales ne peuvent produire que du droit français*); 3.º se constata a menudo el fracaso de las intervenciones legislativas o reglamentarias en el derecho de los contratos. De aquí se deduce un deseo general: menos leyes y más jurisprudencia; la adaptación de la teoría general a los contratos individuales debe ser tarea del juez, cuyos poderes deben incrementarse.

Ya se comprende que no se trata de importar fórmulas. Las aportaciones de MALAURIE siempre hacen pensar.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MARCO MOLINA, Juana: «La propiedad intelectual en la legislación española», ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 412.

Si un lector inadvertido se atuviese estrictamente al título de esta obra y a la primera frase que su autora emplea en la introducción («la presente obra es un estudio de la evolución del derecho de autor en la legislación española»), podría obtener una visión equivocada de su verdadero contenido. Porque, si bien es cierto que Marco Molina somete a examen, con vocación generalista, las dos leyes que en España han regido la materia de propiedad intelectual con anterioridad a la LPI de 1987, a continuación dedica más de la mitad del libro a analizar sólo una parte de la legislación vigente sobre propiedad intelectual: la referida a la noción de explotación y a las diferentes formas de la misma que la LPI regula en los arts. 17 a 21. Tal contracción del análisis al solo aspecto del contenido del derecho —*rectius* del contenido patrimonial del derecho—, por lo demás perfectamente explicable, implica asumir quizá demasiados riesgos en el plano organizativo.

La primera parte de la obra aparece dedicada a analizar la vieja Ley de Propiedad Literaria de 1847, respecto de la cual se trazan con nitidez los principios que la rigen y que denotan una todavía muy arcaica concepción del derecho de autor, lindante prácticamente con la regulación de los privilegios de impresión.

El criterio de cobertura legal basado en la previa reproducción/divulgación de las obras por medio de la imprenta (unido al obligado depósito de la obra ante la autoridad administrativa); la imprecisa distinción —particularmente afectante al caso de las obras de las artes plásticas— entre la obra y su soporte material (y correlativamente entre la propiedad intelectual de una y la propiedad ordinaria del otro); o la amplitud con que se contemplan los casos de atribución originaria de derechos de propiedad intelectual a sujetos —cor-

poraciones, el propio Estado— distintos del autor en tanto que persona física, son algunas muestras que ponen de manifiesto los conservadores parámetros sobre los que se construyó esta ley, no obstante introducir notables avances, tales como el alargamiento del plazo de protección o el reconocimiento de un derecho de representación a los autores dramáticos y musicales.

La lectura que hace Marco Molina de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 es bastante más halagüeña, en consonancia con el beneplácito que este texto legal suscitó ya desde su promulgación.

La Ley introducía un concepto genérico de obra, sin condicionar la protección a determinadas formas de fijación o difusión. Eso sí, a juicio de Marco Molina la exigencia de publicación —aunque ya no necesariamente por medio de la imprenta— colocaba en una situación de vacío legal a las obras inéditas (en contra, véase la opinión de C. J. Álvarez Romero, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, pp. 84-85).

En sede de títulos de adquisición el panorama no variaba demasiado, reconociéndose con amplitud un derecho originario en favor de editores de obras inéditas o comitentes de obras, así como eventualmente en favor de corporaciones públicas y culturales.

Por lo que hace a la explotación, la Ley no tipificaba facultades determinadas, con lo que en principio cobraba pleno vigor el concepto omnicompreensivo de propiedad importado de la legislación ordinaria. En realidad, el que aparecía claramente primado, frente a las facultades de explotación directa de la obra por su autor, era el aspecto dispositivo, lo que a la postre se tradujo en un excesivo *alejamiento* entre ambos —obra y autor— incluida la posibilidad de que éste se desprendiese por completo de los derechos sobre aquélla. En semejante caso sólo le restarían algunas facultades residuales, bien de contenido económico (v. gr. derecho de colección), bien de índole personal.

Aquí Marco Molina esboza, a partir sobre todo de varios preceptos reglamentarios, una suerte de derecho a la paternidad, de derecho a velar por la integridad de la obra, así como un derecho de inédito y arrepentimiento. Es ésta una interpretación que no se desvía, por otra parte, de la generalmente aceptada (véanse, entre otros, H. Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 623-632 y J.M. Rodríguez Tapia, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992).

Por último, se señalan también las especialidades que la Ley contenía por tratarse precisamente de la regulación de una propiedad especial: fundamentalmente la temporalidad de la protección y la posibilidad de pérdida del derecho —con el consiguiente paso de la obra al dominio público— por no inscripción en el Registro de la Propiedad.

Llegamos así a la tercera parte del trabajo. Tras algunas reflexiones sobre el preciso significado que ha de darse a la atribución en exclusiva al autor de determinados derechos o facultades de explotación (capítulo I), esta tercera parte despega en su capítulo II, donde se pasa a certificar un paralelismo entre la tipificación de formas de explotación de la LPI española y la que se contiene en la Ley alemana sobre Derecho de Autor y Protección de Derechos Vecinos de 1965. La atracción hacia el modelo germano, conduce a la autora a dedicar un considerable espacio al análisis de la presentación de las formas de

explotación en la Ley alemana de 1901, concerniente al Derecho de Autor sobre obras de la Literatura y la Música.

Los capítulos III a VI se destinan respectivamente a desmenuzar el contenido de cada uno de los cuatro derechos de explotación tipificados en la LPI. A propósito del derecho de reproducción destaca fundamentalmente Marco Molina cómo el legislador de 1987 ha hecho prevalecer la idea de reproducción como fijación o incorporación a una base material o soporte físico, quedando en un segundo plano el concepto tradicional de reproducción entendida como multiplicación efectiva, es decir, como actividad conducente a la obtención de copias o ejemplares de la obra. Este importante matiz parecía no haber sido apreciado hasta ahora por los recientes comentaristas de la LPI, todavía apegados a la visión de la reproducción como actividad de multiplicación (así, tanto F. Rivero Hernández, «Comentario al artículo 18 LPI», en R. Bercovitz (coord.) *Comentarios a la LPI*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 366-367, como J. Rams Albesa, «Comentario al artículo 18 LPI», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (coord.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo V, vol. 4.º-A, EDESA, Madrid, 1994, p. 368).

Respecto del derecho de distribución, aparte de glosar la novedad que supone su incorporación a nuestro ordenamiento, en tanto que forma de explotación autónoma y ya no complementaria del derecho de reproducción, los mayores esfuerzos se aplican a exponer el juego de la regla del agotamiento o consunción del derecho.

Así, Marco Molina incide en que el agotamiento del derecho de distribución ha de relacionarse con la separación entre titular del derecho y propietario del soporte a que se incorpora la obra; subraya después que el agotamiento sólo se produce si la enajenación de los ejemplares ha sido efectuada con consentimiento del titular, lo cual le lleva a analizar (y descartar) la eficacia real de las condiciones contractualmente fijadas por dicho titular en el acto de distribución inicial; por último, Marco Molina da cuenta de varias decisiones del Tribunal de las Comunidades Europeas, a propósito de los efectos que pueden surtir, habida cuenta de la necesidad de garantizar la libre circulación de mercancías en el ámbito comunitario, las limitaciones territoriales a que eventualmente se condicione la enajenación de ejemplares de una obra.

A nuestro entender, sin embargo, tres cuestiones quedan insuficientemente atendidas, a saber:

a) La determinación de cuáles sean los actos ulteriores de distribución *agotados*, si todos (toda clase de distribución) o sólo algunos (distribución mediante venta, por ejemplo), en contraste con la amplitud con que Marco Molina se extiende a propósito de las características que debe reunir el acto de distribución inicial.

b) Asimismo, al señalar cómo en el caso español se ha optado por el no agotamiento de formas de distribución tales como el alquiler o el préstamo, frente a lo que sucede en Alemania, se echa en falta una indicación acerca de la existencia en el ordenamiento alemán, de un derecho de remuneración en favor de los autores con base en utilizaciones secundarias de las obras mediante el alquiler y préstamo.

c) Llama igualmente la atención la ausencia de referencias a la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992 —ya incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre (BOE n.º 313, de

31 de diciembre)—, que expresamente establece la no extinción de los derechos de alquiler y préstamo en el caso de venta u otro acto de distribución de los originales y copias de obras. Ausencia no obstante disculpable si tomamos en cuenta la época de elaboración de este trabajo que, en su origen, constituyó una tesis doctoral *leída* durante el curso académico 1991-92, tal y como advierte en el prólogo el profesor Badosa Coll.

La exégesis del artículo 20 de la LPI de 1987 que realiza Marco Molina, descansa sobre todo en un estudio pormenorizado de cada uno de los apartados del segundo párrafo del precepto. Por el contrario, encontramos apenas una breve alusión en referencia a la clásica cuestión de la determinación del carácter público o privado del acto de comunicación (en p. 270).

Esta cuestión, eminentemente ligada a problemas de delimitación o configuración interna del derecho, requería tal vez una atención mayor, equiparable a la que Marco Molina presta a aspectos similares en sede de derecho de distribución, donde precisamente la autora no duda en hacer equivaler la asunción del principio de agotamiento del derecho al establecimiento de un límite «intrínseco o consustancial al derecho de propiedad intelectual, si bien referido a la específica facultad de distribución» (pp. 255-256).

Pasando ya al análisis en detalle que Marco Molina realiza de los diversos apartados de que consta el artículo 20.2 de la Ley 22/1987, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1) Respecto de una actividad de comunicación pública consistente en hacer accesible la obra al público mediante el empleo de un soporte que incorpore una representación o ejecución de la misma previamente registrada —en lugar de mediante una representación o ejecución en vivo—, la tesis de que tal actividad no se encuadraría entre los actos previstos en el apartado a/, parece coonestarse mal con la dicción del período final de dicho apartado («mediante cualquier medio o procedimiento»), si bien —todo hay que decirlo— cuenta a su favor con la opinión coincidente de Rivero («Comentario al artículo 20 LPI», en R. Bercovitz (coord.), *Comentarios...*, cit. p. 398).

En todo caso resta el argumento de que semejante actividad quedaría cubierta no tanto por la reserva general al autor de toda forma de explotación de su obra contenida en el artículo 17 LPI, sino de modo más inmediato por la omnicompreensiva definición de comunicación pública contenida en el primer párrafo del artículo 20, respecto de la cual los actos reseñados en el párrafo segundo no constituyen sino un listado no exhaustivo de ejemplificaciones.

2) De gran interés resultan las consideraciones que Marco Molina hace al hilo de los apartados b/ y g/ del 20.2. En lo que respecta al primero por la molestia que se toma en definir lo más depuradamente posible la noción de «proyección pública»; por lo que hace al segundo, debido al interesante análisis combinado entre este precepto y el artículo 56.2 LPI relativo a la presunción de cesión del derecho de exposición pública en favor del adquirente del original de una obra de las artes plásticas o fotográfica.

3) En cuanto a los actos de comunicación pública a distancia, es decir la emisión, transmisión o retransmisión, contemplados respectivamente en los apartados c), d) y e), se trata de actos llevados generalmente a cabo por las llamadas entidades de radiodifusión (en favor de las cuales también la Ley reconoce un derecho de propiedad intelectual) y son los únicos, de entre todos los

enumerados en el artículo 20.2, que la propia Ley prevé que puedan afectar «a cualesquiera obras».

Tal vez la observación más destacable de entre las que aquí hace la autora sea la de la falta de autonomía de la modalidad de «transmisión», en el sentido de que, si tal transmisión la efectúa la propia entidad *emisora*, entonces queda incluida en dicha emisión (argumento *ex* artículo 36.1 LPI), y si por el contrario la realiza una entidad distinta, entonces desembocamos, por definición, en el concepto de retransmisión.

4) Disentimos en cambio de la forma en que la autora aborda el comentario del apartado f) del precepto que nos ocupa. Se trata de los actos de comunicación mediante aparatos que hacen accesible al público la obra difundida por radio o televisión.

A nuestro juicio resulta inadecuado realizar aquí una interpretación sistemática acudiendo al artículo 116.1.c) de la Ley 22/1987, el cual, en sede de derechos reconocidos en favor de las Entidades de radiodifusión, contempla un supuesto de comunicación pública en lugares accesibles al público mediante pago de un derecho de entrada. Y la mejor prueba de ello es observar cómo la propia Marco Molina se aparta de dicha interpretación, para acoger otra basada en el artículo 90.3, y concluir de esta manera en un punto al que nos parece que podía haber llegado sin necesidad alguna de remisión a otros preceptos: la modalidad de comunicación pública contemplada en el 20.2.f) abarca tanto supuestos en los que el acceso público está condicionado al pago de un precio de entrada, como aquellos otros en los que no.

Para delimitar el perfil de la actividad contemplada en el 20.2.f) habría sido útil abundar, en vez de postergar al inciso final de una nota a pie de página (la n.º 149 del capítulo, en p. 314), en el contenido de la hasta entonces única sentencia del TS que enfrentaba de modo directo este problema (me refiero naturalmente a la STS (Sala 1.ª) de 19 de julio de 1993).

Sea como fuere, el verdadero meollo de la cuestión (decidir en qué medida «emite» o «transmite» una obra el sujeto que se limita a instalar en su local un aparato receptor de radio o televisión) queda sin resolver. Al lector de estas líneas interesará saber que dicho problema ha estado a punto de resolverse con la reciente aprobación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE n.º 97, de 22 de abril). En el Borrador de dicho Texto, elaborado por el Ministerio de Cultura, y presentado como Proyecto de Real Decreto Legislativo el 18 de diciembre de 1995, se preveía sustituir [en lo que allí se convertía en el artículo 20.2.g)] los términos «emisión» y «transmisión» por el más genérico de «difusión». Finalmente el Proyecto fue modificado en este punto, y en el actual 20.2.g) TRLPI vuelve a leerse «emisión o transmisión».

5) Muy correcta es en cambio la lectura que Marco Molina propone respecto del último apartado del 20.2 LPI, relativo al acceso público a bases de datos por procedimientos telemáticos.

Entrando en el estudio del derecho de transformación (artículo 21 LPI) Marco Molina encuadra bien la compleja problemática que encierra esta forma de explotación de la obra, a partir de la cual, por definición, emanará una obra diferente. Tras exponer las consabidas teorías de KOHLER acerca de la distinción entre forma interna y forma externa, y decantarse por una noción subjetiva de originalidad, la autora se enfrenta al tema de las relaciones inter-

nas entre el autor de la obra preexistente y el autor de la obra derivada, fruto de un acto de transformación.

Respecto de la necesidad de autorización por parte del autor de la obra preexistente (extraída de una interpretación integrada de los artículos 21 y 9.º.1 LPI), Marco Molina opina —creemos que acertadamente— que dicha autorización debe concurrir no en un momento posterior a la obtención de la obra derivada, a modo de habilitación para la puesta en explotación de la misma, sino desde el mismo instante en que un autor se propone acometer la creación de la obra derivada, ya que la explotación la determina la actividad de transformación en sí misma considerada.

A partir de ahí, lo que le queda al autor de la obra preexistente será un derecho de participación, como regla con carácter proporcional, en los ingresos generados por la explotación de la obra derivada, más no un poder de decisión o codecisión (esto es un *ius prohibendi*) respecto de los actos de explotación a los que eventualmente someter dicha obra.

En una valoración general, consideramos recomendable la lectura de la obra de Marco Molina. La autora se propone un estudio del derecho de autor desde la óptica de la legislación, y desarrolla esta tarea con meticulosidad. Bien es cierto que la legislación acaba por convertirse no sólo en su objeto de estudio sino en su casi único instrumento de investigación. La Ley es valorada desde la Ley misma, esto es, desde otros preceptos de la misma Ley (en un afán de interpretación sistemática que a veces, como hemos tenido ocasión de señalar, se lleva demasiado lejos); también desde los antecedentes legales (además de dedicar a ellas sendas secciones específicas, las leyes anteriores sobre la materia dan pie a un considerable número de referencias a lo largo de todo el libro); o desde los trámites parlamentarios; o, por último, desde la exégesis de leyes extranjeras (particularmente la alemana), que se consideran precursoras de la nuestra respecto de muchas de sus soluciones.

En definitiva, un trabajo que denota habilidad en el manejo de las concordancias y una buena técnica de comparación jurídica, y que aporta a nuestro panorama doctrinal sobre propiedad intelectual algunos criterios de utilidad en orden a la interpretación del texto legal básico en esta materia.

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI

MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa: «La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales», McGraw-Hill, Ciencias jurídicas, Madrid, 1995, págs. 570.

1. La autora aborda el tema de su trabajo, la liquidación de la sociedad de gananciales, con un acertado enfoque, que tiene la virtualidad de poner de relieve las dos vertientes o aspectos de aquélla. De manera que la liquidación aparece no sólo como una labor procedimental o contable, sino también, y sobre todo, como una operación en que se reflejan y ordenan todas las alteraciones patrimoniales habidas durante la vigencia del régimen económico matrimonial. Destinada la obra a exponer la regulación jurídica de la sociedad de gananciales tras su disolución, es, sin embargo, la regulación de la misma

durante su vigencia la que constituye, como veremos, gran parte de su contenido.

2. La autora comienza en la primera parte explicando el significado de las operaciones liquidatorias, capítulo I, y de los conceptos, las recompensas, que resultan aplicables a lo largo de aquellas, capítulo II.

Los objetivos de las operaciones liquidatorias, son tres: a) satisfacción de las necesidades de la familia y cargos de la sociedad que estén pendientes a su disolución, de modo que ésta cumpla, aunque sea después de su extinción, su cometido; b) hacer realidad el equilibrio interpatrimonial, de manera que un patrimonio no resulte enriquecido a costa del otro; c) que los bienes comunes que sobren pasen desde el estado de comunidad en que se encontraban a integrarse con carácter exclusivo en los patrimonios privativos de los partícipes.

Las normas del Código Civil, imperativas y retroactivas en algunos casos, que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales son las contenidas en los artículos 1395 y siguientes, 90 a 101 y las de partición y liquidación de la herencia, en virtud de la remisión del art. 1410.

La facultad de pedir la partición es una de las que integran la situación de poder que, disuelta la sociedad, tiene cada cónyuge, o quien corresponda en función de la causa de disolución de la sociedad de gananciales, sobre el patrimonio ganancial, transformado en comunidad ordinaria, y por la cual puede exigir al otro cotitular que las cuotas abstractas que ostentan sobre todos y cada uno de los objetos se concreten en un lote de bienes, previa la liquidación del patrimonio.

Las personas encargadas de practicar la liquidación, cuya determinación depende de cual sea la causa de disolución de la sociedad de gananciales, deben hacerla obligatoriamente, una vez instada su realización, con intervención de las dos partes interesadas. La forma de llevar a cabo la liquidación puede ser contractual, judicial o por contador-partidor dativo.

La técnica de las recompensas, así llamada en Derecho francés, es un mecanismo con el que se pretende mantener el equilibrio interpatrimonial cuando se hayan producido desplazamientos entre las distintas masas existentes en el régimen de sociedad de gananciales, como consecuencia de lo que la autora llama incidencias de la relación jurídica básica, a saber: los deberes de colaboración, convivencia y actuación en interés de la familia y la existencia misma de la sociedad de gananciales, que supone determinada forma de organizar la economía del matrimonio. Mediante la técnica de las recompensas, configuradas como auténticas relaciones de crédito, se consigue un equilibrio obligacional, consistente en el nacimiento automático e imperativo, en el mismo momento en que se produce el movimiento patrimonial sin causa, de un derecho de crédito a favor del patrimonio empobrecido y contra el enriquecido, equilibrio que pasa a ser real en el momento en que el crédito se satisface.

La técnica de las recompensas, forma imperfecta de la subrogación perfecta, obedece al principio de equidad, principio moral que completa las teorías esgrimidas en la doctrina francesa para hallar su fundamento, y cumple las funciones de otorgar facilidades e impedir la realización de fraudes.

Respecto a la terminología empleada por el Código Civil español, las palabras «reembolso» y «reintegro» son sinónimas y significan el cumplimiento de una obligación cuyo origen está en la entrega de un determinado bien o suma de dinero, cuyo valor se ha de devolver. La indemnización tiene su fun-

damento en un daño causado al acreedor de la misma o en un incumplimiento. Reintegros, reembolsos, e indemnizaciones pueden tener, además, el carácter de recompensas, pero para ello es preciso que la obligación que pretenden satisfacer sea consecuencia de las incidencias de la relación jurídica básica, es decir, de la existencia misma del matrimonio y de la propia estructura de la sociedad de gananciales.

En Derecho español no existe un único precepto que englobe todos los supuestos de recompensa que aparecen a lo largo de su articulado; son los arts. 1.358 y 1.364 CC las normas de carácter más general que a ello se refieren. Como principio general se podría decir que nacerá un derecho de recompensa en favor de un patrimonio, el ganancial o uno de los privativos, y en contra de otro, uno de los privativos o el ganancial, respectivamente, cuando un bien haya sido utilizado en provecho de uno de esos patrimonios sin que exista carga sobre el mismo al respecto, naciendo un derecho de crédito a su favor y en contra del cónyuge titular de la masa beneficiada.

Los derechos de recompensa, que necesariamente habrán nacido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pues no se admiten las recompensas postgananciales, se incluyen en el inventario en virtud de los arts. 1.397.3, primer inciso, 1.398.2 y 1.398.3, primer inciso, y son exigibles, previa prueba de las circunstancias que determinaron su nacimiento, en el momento de la liquidación, salvo que la masa deudora tenga medios para hacer frente a su obligación y la acreedora tenga necesidad de los mismos. Por su parte, los derechos de crédito entre sociedad de gananciales y uno de los cónyuges que no constituyan recompensa serán exigibles atendiendo a lo pactado o a las normas generales del Derecho de Obligaciones, si proceden de contrato, o inmediatamente, si proceden de actuaciones irregulares de un cónyuge.

3. En el capítulo I de de la segunda parte de la obra la liquidación se conecta a las causas de disolución de la sociedad de gananciales, causas que señalan el momento a tener en cuenta en orden a la determinación de los bienes que integran la masa común y a los derechos de los acreedores. Especial atención se dedica, dentro de las causas que operan *ipso iure* del art. 1.392 CC, a la aplicación del régimen de separación de bienes cuando se decreta judicialmente la separación de los cónyuges.

En cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales a causa del embargo de bienes comunes a que se refiere el art. 1.373 CC, la autora fija, previamente a la interpretación de dicho precepto, cual es la naturaleza de la sociedad de gananciales. Se trata, a su juicio, de una comunidad germánica, a la que no es aplicable el concepto de cuota, sino que los bienes gananciales forman parte del patrimonio de cada uno de los esposos por entero; sólo cabe hablar de la existencia de cuotas, que recaerán sobre el conjunto de bienes gananciales y no sobre cada bien en concreto, cuando, extinguida la sociedad de gananciales, la comunidad postganancial pasa a ser una comunidad ordinaria. Esta concepción viene confirmada por el tenor literal del art. 1.373, de manera que en el patrimonio personal de cada cónyuge hay que entender incluidos tanto los bienes gananciales como los privativos, siendo susceptibles de embargo todos ellos; ahora bien, puesto que los bienes comunes no sólo responden de las deudas propias de un cónyuge, sino también de las comunes, el legislador concreta el orden en que deben ser agredidos los bienes integrantes del patrimonio del cónyuge deudor: primero, los bienes privativos, y si no son suficientes, los gananciales.

Producida la traba de bienes gananciales concretos como consecuencia del juicio ejecutivo o de la ejecución por vía de apremio de la sentencia obtenida en juicio declarativo, y notificada la misma al cónyuge no deudor, éste puede optar mediante el cauce procesal de la intervención *iussu iudicis* o por orden del juez por que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, lo que implicará la disolución de ésta y su transformación en comunidad ordinaria. No obstante, no será la cuota indivisa sin liquidar el objeto del embargo, sino los bienes concretos adjudicados al ejecutado tras la liquidación.

En el caso de que el cónyuge no deudor no ejercite la opción que le ofrece el art. 1373 CC, única posible, nacerá un crédito de la sociedad de gananciales contra el cónyuge deudor por el valor de los bienes ejecutados.

Por lo que se refiere a las peculiaridades de la liquidación en los procesos de nulidad, separación y divorcio, contenidas en el capítulo II, cabe mencionar que sólo ha de plasmarse la liquidación del régimen económico del matrimonio en el convenio regulador presentado por los cónyuges cuando el régimen vigente en el momento de la demanda fuera de comunidad o de participación, pero no de separación de bienes. Y en las medidas judiciales de ejecución de sentencia, supletorias del acuerdo de los cónyuges, el juez sólo puede decretar la liquidación, pero no practicarla, pues ha de llevarse a cabo por el cauce previsto legalmente para ello, esto es, el juicio de testamentaría.

4. La tercera parte, titulada «Fase de fijación», se inicia con el capítulo I, dedicado a exponer el concepto, finalidad y formalidades del inventario. Este se configura como una operación preliquidatoria y preparticional, cuya realización no es obligatoria según el Código Civil, aunque sí lo sea como trámite previo a la liquidación, constituyéndose en un derecho y un deber de cada partícipe en la comunidad postganancial, consistente en una relación fiable, íntegra y neutral de los bienes, derechos y obligaciones detalladamente descritos, que constituyen el activo y el pasivo de la masa ganancial en el momento de la disolución.

Sólo con base en el inventario pueden resolverse satisfactoriamente las relaciones de crédito pendientes tras la disolución, puede obtenerse el verdadero remanente líquido a repartir y puede lograrse la igualdad cuantitativa y cualitativa que la partición persigue. Ahora bien, cuando el inventario juega su papel principal es tras la partición, pues sirve para identificar, como garantía para los acreedores sociales ante el cambio en la titularidad de los bienes responsables, los bienes que fueron gananciales y que siguen afectos al pago de las deudas comunes, sancionándose, en consecuencia, la no realización del inventario debidamente con la responsabilidad *ultra vires*.

Por último, se realiza también en este capítulo una comparación del inventario aquí estudiado con el que el Código Civil exige para las situaciones de tutela, ausencia y usufructo, como un medio de protección del patrimonio del tutelado, ausente o nudo propietario y de control de la integridad de su restitución.

4.1. Pasando ya al contenido del inventario, el capítulo II aborda los bienes que deben integrar el activo.

La expresión del número uno del art. 1.397 CC, los bienes gananciales existentes al disolverse la sociedad, debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo muebles, inmuebles, titularidades y derechos con contenido económico, entre los que se encuentran los derechos de crédito frente a tercero.

Si la liquidación tarda en realizarse, habrá que tener en cuenta las transformaciones que hayan sufrido durante la comunidad postganancial por alguna de las siguientes vías: desaparición, subrogación real, accesión o usucapión iniciada antes de la disolución.

Las demás fuentes de ganancialidad quedan cegadas. La autonomía de la voluntad de los cónyuges queda ineficaz frente al principio de subrogación real y el art. 1.355 CC deviene inaplicable, si bien seguirán conservando su carácter ganancial los bienes a los que se le haya atribuido por los cónyuges con base en dicho precepto.

En cuanto a los bienes a los que se refiere el art. 1.321 CC, constitutivos del ajuar de la vivienda habitual común, no serán objeto de operación particional alguna. Sin embargo, deberán figurar en el inventario, pero con la única finalidad de pagar a los acreedores de la sociedad de gananciales o de la herencia, si no existen bienes suficientes para pagarles en la masa ganancial o hereditaria.

El orden en que los bienes deben figurar en el inventario es el del art. 1066 LEC, si se hace judicialmente. Si no es así, el Código Civil no establece nada. Además, para que el inventario íntegro sea exacto, los bienes deben aparecer descritos cumpliendo lo dispuesto en el art. 1.066 LEC, de modo que sean perfectamente identificables.

Para destruir la presunción de ganancialidad que sigue operando respecto a bienes adquiridos durante la vigencia del régimen, los cónyuges acuden con frecuencia a la confesión que regula el art. 1.324 CC. No obstante, entre los requisitos de aplicación de dicha norma figura el de que la confesión se realice durante el matrimonio, por lo que la confesión realizada tras la disolución del mismo tendrá los efectos de cualquier confesión, no los del art. 1.324. Sin embargo, hecha la confesión durante la vigencia del régimen, vinculará a su autor y a sus herederos voluntarios, de manera que en la liquidación el bien se entregará al cónyuge beneficiario como privativo y no se incluirá en el inventario. Ahora bien, si existen herederos forzosos del cónyuge confesante y acreedores, puesto que la confesión les afecta pero no les perjudica, los bienes confesados deberán figurar en el activo del inventario, pero sólo a los efectos de pagarles cuando no pueda satisfacerse de otro modo.

Respecto a los números 2 y 3 del art. 1.397 CC, en ellos se establece una norma general y dos concreciones a la misma. La regla general es la contenida en el inciso segundo del número tres del art. 1.397, e implica la necesidad de incluir en el activo del inventario los créditos de la sociedad de gananciales contra cualquiera de los cónyuges, ya constituyan o no recompensas.

Una de las concreciones a esa regla general es la establecida en el número dos del art. 1.397 CC, que ordena incluir en el activo del inventario el importe actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento, siendo el de actuación ilegal o fraudulenta un concepto cuyo contenido y efectos ha variado en función de la incidencia sobre el Código Civil de las reformas de 24 de abril de 1958, de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981. Es presupuesto necesario para su inclusión en el activo que los bienes no hayan sido recuperados, requisito que concurrirá cuando el cónyuge no actuante prefiera no ejercitar las acciones que le ofrece el art. 1.322 CC y conformarse con el reintegro del importe actualizado del valor del bien enajenado tras la disolución de la sociedad, o cuando dicho cónyuge opte por dicho reintegro y no por el derecho a que se refiere el art. 1.397.3 CC en los supuestos de beneficio exclusivo, daño doloso y fraude, a que se refieren los arts. 1.390 y 1.391

CC, o cuando intentada la acción de rescisión del art. 1.391, ésta hubiera fracasado ante la buena fe del tercero.

La otra concreción a la regla general es la dispuesta en el art. 1.397.3, primer inciso. Se pueden entender incluidos en dicha norma los siguientes supuestos en que surge un derecho de crédito a favor de la sociedad y contra uno de los cónyuges: a) Deudas personales de uno de los esposos pagadas con sumas tomadas de la masa común, cuando tales deudas sean sólo internamente privativas o cuando, siéndolo tanto desde el punto de vista interno como externo, los cónyuges hayan acordado que se satisfagan con bienes gananciales. b) Adquisición de bienes privativos y realización de impensas en los mismos a costa de los fondos comunes; se presta especial atención en este apartado a las acciones y participaciones sociales reguladas en el art. 1.352 CC y a la contratación de seguros de vida. c) Donación por ambos cónyuges de común acuerdo de determinadas cantidades gananciales, pactando que deberán ser satisfechas por uno de ellos (art. 1.363 CC), y donación por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro de dinero o títulos valores gananciales que se encuentran en su poder o a su nombre (art. 1.384 CC). d) Actuación negligente de un cónyuge o con abuso de poder, obteniendo un beneficio exclusivo u ocasionando dolosamente un daño a la sociedad, cuando el cónyuge actuante estaba legitimado para actuar o cuando, no estándolo, el acto sea de administración o, si es de disposición, el cónyuge no autor opte por este derecho en lugar de exigir el valor del bien enajenado, y, finalmente, cuando siendo el acto rescindible por existir fraude de los derechos del esposo, éste opte por la solución del art. 1.390 CC y no por la rescisión. e) Celebración de contratos entre la sociedad de gananciales y uno de los cónyuges.

4.2. El contenido del pasivo del inventario, las deudas pendientes en el momento de la disolución, se expone en el capítulo III.

Frente a las opiniones doctrinales que sostienen que el patrimonio está formado sólo por derechos, la autora estima que el pasivo también forma parte de aquél y, además, tratándose de un patrimonio separado, como es el de la comunidad postganancial, está vinculado al activo en cuanto que es gravamen del mismo.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1.398.1 CC se deben incluir en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la sociedad de gananciales en favor de terceros. Estas deudas pueden ser comunes desde el punto de vista externo, si los acreedores se pueden dirigir directamente contra los bienes gananciales, o desde el punto de vista interno, si el patrimonio ganancial debe soportar definitivamente determinada obligación, aunque provisionalmente lo haya hecho una masa de bienes distinta, o desde ambas perspectivas. No rige ya, como ocurría con anterioridad a la reforma de 1981, el criterio de actuación en interés de la familia como criterio general de responsabilidad externa o interna, pero sí existen ciertos criterios que determinan el carácter provisional o definitivo de la responsabilidad de los bienes gananciales, que la autora expone y pone en conexión con ciertos supuestos concretos, como los de los arts. 1.366 CC, referente a la responsabilidad extracontractual, y 1.370 CC, dedicado a la adquisición de bienes gananciales a plazos. En definitiva, salvo en algún caso, toda deuda que es responsabilidad interna de la sociedad de gananciales, lo es de responsabilidad externa, pero no al revés.

Cuando el art. 1.369 CC habla de «deudas de la sociedad» no se refiere a las que son externamente comunes, como piensa la casi unanimidad de la doctrina, sino a las que son gananciales desde el punto de vista interno, de ma-

nera que de las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad desde el punto de vista interno aquél responderá, al igual que en los casos en que la deuda es externamente común, pues no otra cosa significa el término «también», solidariamente con los bienes de ésta.

Las deudas a las que se refiere el art. 1.398.1 CC son, finalmente, las deudas pendientes de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales, entre las que pueden encontrarse no sólo las nacidas durante su vigencia, sino también alguna nacida ya disuelta aquélla.

No existe ninguna presunción de ganancialidad o de privatividad de las deudas, sino la aplicación de los principios generales sobre la prueba de las obligaciones y, concretamente, del establecido en el art. 1.214 CC.

A las deudas de la sociedad en favor de cada uno de los esposos se refiere el art. 1.398. 2 y 3 CC. En estos dos párrafos se contiene una regla general, la del inciso segundo del párrafo tercero, y dos concreciones a la misma, y en ambos se recogen supuestos constitutivos de recompensa.

El art. 1.398.2 CC, concreción a la norma general cuyo tenor literal, bienes «gastados» o que han sufrido «deterioros» en provecho de la comunidad, es dotado de contenido preciso, se complementa con el art. 1.346.3 CC, inciso segundo, y, por tanto, si no ha operado la subrogación real prevista en este último precepto, el equilibrio patrimonial se recupera mediante el derecho de reembolso del art. 1.398.2 CC. Por otra parte, ambas normas no se refieren sólo al ajuar doméstico sino a todos los muebles e inmuebles, aunque no al dinero, ni a los derechos.

El art. 1.398.3 CC, cuyo inciso primero contiene la otra concreción a la regla general, se refiere al resto de las deudas que la sociedad pudiera tener en favor de cualquiera de los cónyuges y que constituyen, en general, los supuestos inversos de los incluidos en el art. 1.397.3, primer inciso.

Atención especial se dedica a la atribución voluntaria de ganancialidad, regulada en el 1355 del CC, y al derecho de alimentos a que se refiere el 1408 del CC. Respecto a la primera, origina el nacimiento de un derecho de reembolso (art. 1358 CC), y fija definitivamente el carácter ganancial del bien tanto entre cónyuges como frente a tercero. En cuanto al segundo, supone una partición anticipada, de manera que los anticipos percibidos no deben figurar en el pasivo del inventario, sino en el activo, ya que a aquél a quien se entregaron tales cantidades les serán imputados sin más, rellenando el resto de su lote en el momento de la partición con otros bienes.

4.3. En el capítulo IV se exponen las posibilidades que el ordenamiento ofrece para que el inventario que no haya sido realizado correctamente reúna los caracteres de fidelidad y exactitud, exigibles como garantía de los acreedores y para la correcta realización de las operaciones liquidatorias y particionales.

4.4. En el capítulo V se estudia el avalúo, operación imprescindible para realizar la liquidación y la partición, consistente en asignar, con relación al día de la liquidación, un valor de expresión cifrada a cada uno de los elementos constitutivos del inventario.

El criterio de valoración ha de ser objetivo, imparcial y uniforme. Sirve cualquiera en el que estén de acuerdo las partes. Éstas normalmente acudirán al de mercado, pero también pueden utilizar los que ofrecen las leyes tributarias.

Tras las reformas de 1981, el Código Civil español, que optó por el principio nominalista, ha acogido la técnica de las deudas de valor para todos los créditos o deudas existentes entre la masa ganancial y una de las privativas. Así, el principio general para determinar el *quantum* de esos derechos es el del importe actualizado del valor de los bienes (arts. 1.358, 1.397.2 y 3 y 1.398.2 y 3 CC). La excepción a ese principio general viene constituida por el sistema del aumento de valor, aplicable en los supuestos regulados en los arts. 1.359 y 1.360 CC.

El art. 1.359 realiza una armonización de los principios de accesión y de subrogación real imperfecta. La aparente contradicción entre los dos párrafos de este precepto se soluciona del siguiente modo: la comunidad sólo tendrá derecho al aumento de valor del bien a causa de la mejora, aplicándose después a dicha cifra la regla general del importe actualizado.

Por lo que se refiere al art. 1.360 CC, se abordan las cuestiones terminológicas que plantea y los problemas referentes a la inversión en la empresa privativa de los mismos beneficios obtenidos por ella o de fondos gananciales distintos de éstos.

Si en la valoración ha concurrido dolo o error, se pueden ejercitar las acciones de anulabilidad y de rescisión por lesión en más de un cuarto, con el fin de impedir la vulneración del principio de igualdad cuantitativa de la partición.

5. La parte cuarta, y última, de la obra, se refiere a la liquidación en sentido estricto, regulada en los arts. 1399 a 1403 CC, y en las normas de liquidación de las herencias, en función de la remisión a éstas del 1410.

De la liquidación se destaca su dinamismo, la fundición del pasivo y el activo, resultando una única cifra, expresiva del valor de la ganancia partible, una vez resueltas las relaciones de crédito o deuda de la comunidad.

En el caso de que el pasivo sobrepase al activo de la masa común, el orden para el pago de los acreedores de la sociedad será el siguiente: 1.º) Las deudas de alimentos en favor de terceros; 2.º) Las demás deudas en favor de terceros. Si éstas todavía no han vencido en el momento de hacer la liquidación, se proveerá a su futura satisfacción; 3.º) Las deudas en favor de los cónyuges, recordando que no puede jugar en favor de éstos la compensación de los créditos que tuvieren contra la sociedad. El cónyuge que no cobró por completo puede dirigirse contra el otro para que le abone, si no puede oponer el beneficio de inventario, una parte proporcional de lo que no ha cobrado.

El Código Civil no contiene ninguna norma específica que determine la forma de satisfacer los reintegros y reembolsos existentes entre las masas privativas y ganancial, salvo la referencia a la compensación del art. 1403 CC, que, para operar, habrá de reunir los requisitos establecidos en los arts. 1403, 1195 y 1196 CC.

Ante esa laguna, la autora admite, frente a la doctrina mayoritaria, que estima que el pago de las deudas de los cónyuges a favor de la sociedad debe realizarse en dinero, que dicho pago puede realizarse por imputación en su cuota con base en los arts. 1.371 y 1.373 CC.

Los reintegros y reembolsos debidos por la sociedad a cualquiera de los cónyuges se pagarán en dinero y, a falta de liquidez, y si no existe acuerdo entre los partícipes para realizar una dación en pago, se procederá a la venta de los bienes en pública subasta. Ahora bien, si la enajenación de bienes comunes supone la vulneración de un derecho de atribución preferente del acree-

dor, se admitirá una predetracción en favor del mismo. No obstante, no se admite con carácter general la predetracción sobre la masa dividenda, figura cuya naturaleza se examina a la vista de la doctrina y jurisprudencia francesas.

6. Visto el contenido de la obra, no podemos concluir sin reiterar uno de sus méritos, cual es el de mostrar al lector la liquidación de la sociedad de gananciales como el relato de las vicisitudes económicas de los cónyuges que inician su matrimonio bajo dicho régimen, partiendo de la disolución del mismo, o, en palabras de la propia autora, como una visión estática del dinamismo característico de la sociedad de gananciales durante su vigencia. La liquidación de este régimen demuestra, en definitiva, la operatividad de las normas dictadas para su vigencia en la fase de liquidación del mismo, en la que encuentran definitiva aplicación.

Se echa en falta, no obstante, un estudio más detallado de nuestra jurisprudencia y, sobre todo, del Derecho Comparado, que abarcara no sólo la legislación francesa, única a la que se presta atención, sino también otras, como la italiana, en la que también se disponen reembolsos y restituciones en la liquidación de la comunidad legal de bienes.

M.^a EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Universidad Autónoma de Madrid

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «El Pagaré de empresa», Madrid, 1995, págs. 349.

Al iniciar un estudio monográfico, el primer problema que plantea al joven investigador la temática elegida es si la misma justificará un esfuerzo que puede llegar a ser de años. En el caso que nos ocupa, las dudas se despejan de inmediato pues se nos antoja complicado cuestionar la oportunidad de esta obra. Y es que, hoy por hoy, carecemos de una referencia legal precisa sobre el régimen jurídico aplicable al pagaré de empresa. A su vez, esta situación se ha visto agravada por la práctica ausencia de pronunciamientos judiciales sobre la materia y por el desfase de la literatura jurídica en castellano que parte de una realidad de mercado totalmente ajena a la actual.

También conviene destacar la originalidad de los planteamientos del prof. Peinado Gracia, quien actúa su análisis combinando el enfoque económico y el rigor jurídico, apoyados ambos en un profundo conocimiento de la estructura técnica y la función económica de la institución.

Para su desarrollo, divide el trabajo en tres Secciones. La primera, denominada «Marco jurídico-económico del mercado español de pagarés de empresa»; la segunda, «Régimen jurídico del pagaré de empresa en cuanto título»; y la tercera, «El pagaré de empresa como valor negociable». Asimismo, cada Sección se compone de dos Capítulos. Como se comprobará, no es fruto de la casualidad esta estructuración, pues el primer objetivo de esta obra es, para el autor, el estudio del pagaré de empresa considerado como título y como activo financiero.

I

No descuida en la Introducción a la obra un repaso temporal de la figura. En el origen, la situación económico-jurídica del mercado español aconsejó concebirlo como un instrumento de carácter bursátil. Así se diseña un efecto de comercio cambiario, emitido al descuento en el seno de «programas», y cuya función económica es la de conseguir crédito a corto plazo, por cauces ajenos a los habituales del sistema crediticio. Se trata de un pagaré a la orden con la cláusula de endoso en blanco, lo que a los efectos de circulación lo asemeja a un título al portador. El mercado conoció un rápido crecimiento que se trunca con la aparición de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre régimen fiscal de determinados activos financieros, la cual produce un desplazamiento en las preferencias del inversor hacia otros productos sustitutivos, como las imposiciones a plazo y los pagarés del Tesoro. Además, se hace sentir el efecto de una variada serie de fenómenos jurídicos y económicos que influirán en la actual configuración del pagaré de empresa. Entre los mismos, cabe citar: la aprobación de la Ley Cambiaria y del Cheque, el reconocimiento como mercado secundario no organizado de pagarés de empresa de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros, la desaparición de los Agentes de Cambio y Bolsa, la representación de los valores mediante anotaciones en cuenta, la proliferación de disposiciones de la autoridad monetaria para influir sobre la cuantía de los Activos Líquidos en manos del Público, o la internacionalización y la «desregulación» de los mercados financieros.

Consecuencia de las notas precedentes es el clima de inseguridad jurídica que en muchas ocasiones ha presidido las actuaciones en el mercado de pagarés de empresa, y que se trata de paliar con la generación por parte de los operadores de un clima de seguridad privada al margen de las previsiones legales.

Tras este planteamiento general, en el Capítulo II, el autor define su posición respecto a la naturaleza jurídica del pagaré de empresa, tarea impostergable si se pretende ensayar el concepto de la institución así como delimitar el régimen jurídico aplicable. Para el conocimiento de su naturaleza jurídica revisa pormenorizadamente las características del mercado americano del «commercial paper», admitido casi unánimemente por la doctrina como antecedente y como inspiración inmediata de nuestro pagaré de empresa. La ausencia de garantías en la emisión ha sido el factor clave a la hora de asimilar ambas figuras, pues nuestro valor negociable también se caracteriza por emitirse bajo la exclusiva garantía del emisor. A continuación demuestra como algunos contratos denominados «de garantía» importados de la práctica financiera estadounidense no cumplen tal función para los inversores, como en el caso de las garantías de colocación y liquidez. Por otra parte, algunos de los habitualmente utilizados en el mercado americano no se han incorporado todavía a las prácticas financieras nacionales; sirvan de ejemplo las emisiones cubiertas por compañías de seguros, o las emisiones de «commercial paper» por titulación de activos («asset-backed paper»).

La consecuencia de todo lo anterior es que el pagaré de empresa puede quedar delimitado por sus elementos mínimos, comunes, y afines al «commercial paper».

Es así que por «pagaré de empresa» se entiende la promesa de pago, pura y simple, incorporada a un valor, emitida al descuento y con un corto plazo de vencimiento. Dicha promesa de pago se inscribe habitualmente en el seno de un «programa» de financiación.

II

En la II Sección se aborda el problemático encaje del concepto anteriormente expuesto en las distintas categorías de títulos-valor, diferenciando las especies que en ellas pueden inscribirse. De esta forma, estudia la posible subsunción de los pagarés de empresa en aquellos títulos-valor tipificados que, ya entre los valores mobiliarios, ya entre los efectos de comercio, incorporen una promesa incondicionada de pago.

No oculta el prof. Peinado que parte de una delimitación no indiscutida, esto es, la distinción entre «efectos de comercio» y «valores mobiliarios», la cual encuentra su origen esencialmente en trabajos doctrinales, desde los cuales se predicán diferentes características para una y otra categoría. Para el autor, el criterio distintivo es el de la unidad o pluralidad de negocios subyacentes, es decir, cuando nos situemos ante valores que incorporan tantos negocios subyacentes como valores se emiten, se estará en presencia de «efectos de comercio»; y, en cambio, cuando tales valores incorporen cuotas de un único negocio, se tratará de «valores mobiliarios».

En cuanto a los valores mobiliarios, examina la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del régimen de las obligaciones a los pagarés de empresa. En este sentido, según el prof. Broseta, aunque la doctrina continental haya considerado siempre a los pagarés de empresa como efectos de comercio de utilización y emisión individualizada, caso a caso y negocio a negocio, su reciente evolución ha demostrado que *de facto* se han convertido en verdaderos títulos emitidos en masa y, por ello, en verdaderos valores mobiliarios, que, por el volumen de deuda que crean para las grandes sociedades emisoras, deberían, quizá, someterse en algunos casos al régimen propio de la emisión de obligaciones. De la misma opinión es el prof. Paz Ares, para quien el pagaré de empresa debe someterse a la disciplina contenida en los arts. 111-132 LSA. Y ello, porque tal disciplina, como expresamente señala el art. 111 LSA se aplica no sólo a las obligaciones sino también a «otros títulos que reconozcan o creen una deuda». Teniendo en cuenta que el pagaré de empresa constituye una vía de financiación similar a las obligaciones y que con él inequívocamente se crea una deuda, no hay razón alguna para permitir su emisión al margen de las garantías establecidas en la LSA. Así, la opinión contraria sostenida en base a consideraciones estrictamente formalistas sería inexacta, pues la ley quiso excluir tales consideraciones formalistas al señalar en el ya citado art. 111 que la normativa se aplica a las obligaciones u «otros títulos que reconozcan o creen una deuda». Lo determinante para saber si una ley es aplicable es su *ratio*; y si la *ratio* de ésta es proteger a los inversores, no hay razón para sostener que los adquirentes de pagarés necesiten menor tutela que los adquirentes de obligaciones.

Las anteriores precisiones no son compartidas por el prof. Peinado, quien estima que pese a tratarse de un título con substantividad propia, lo cierto es que el pagaré de empresa representa (en sentido económico) también una cuota sobre un crédito ofertado al público. Y es esta función económica co-

mún, la que les hace compartir a obligaciones y pagarés algunas previsiones normativas, relativas precisamente a la publicidad de las condiciones del crédito que el emisor quiere tomar.

Pero los defensores de la tesis de unidad de valores bajo diferentes denominaciones, en realidad, desnaturalizan en sus argumentaciones la operación financiera que el pagaré de empresa representa, creando de este modo un «pseudopagaré» tan parecido a una obligación que resulta una obligación misma. A su juicio, las características propias del pagaré lo dotan de autonomía; sin embargo, algunas de estas características (corto plazo o bajo riesgo) no encuentran apoyo en ningún instrumento vinculante, lo que impide darles definitiva relevancia, ya que están únicamente confiadas a la voluntad del emisor y a la receptibilidad del mercado.

En la unidad o pluralidad de negocios jurídicos en la emisión de pagarés de empresa reside, en definitiva, el elemento diferenciador entre los mismos y las obligaciones. Las obligaciones representan un contrato único, ratificado por cada acto de subscripción; en cambio, en el caso de los pagarés, éstos incorporan una pluralidad de contratos de crédito inmersos en un «programa» de emisión en masa. De esta diferencia se deduce un muy relevante efecto: las obligaciones de una misma serie dotan a sus titulares de unos mismos derechos, y ni mucho menos ocurre así cuando se trata de pagarés de empresa.

En consecuencia con lo anterior, afirma que el régimen jurídico previsto en el Capítulo X del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no puede ser aplicado al título-valor que nos ocupa, sin que ello implique necesariamente un menor grado de protección a su tenedor. Sólo la regulación de los mercados y sus normas de acceso, ámbitos en los que concurren regulaciones estatales y autonómicas, garantizan la información pública y veraz necesaria para la seguridad del inversor.

Además, de las características enunciadas del pagaré de empresa, deduce que este valor no puede ser integrado dentro de la categoría doctrinal de «valores mobiliarios», pues es común a toda la especie la existencia de un único contrato, al que se remiten necesariamente la totalidad de los títulos cuya subscripción representa la ratificación del contrato de referencia por sus tomadores y su subrogación en una de las partes.

Desechada la posibilidad de asimilar el pagaré de empresa con aquellos valores mobiliarios que crean o reconocen una deuda, se afronta en el Capítulo IV una similar comparación con los diferentes efectos de comercio que incorporan semejante negocio. Éstos serían: 1.º) El pagaré cambiario regulado en la Ley Cambiaria y del Cheque (arts. 94 y ss.). Y 2.º) El pagaré al portador previsto en los supérstites arts. 544 y ss. del Código de Comercio.

En lo que respecta al pagaré cambiario regulado en la LCCH, la práctica general del mercado desde el año 1986 no ha sido la emisión de pagarés de empresa como títulos cambiarios amparados en la LCCH, a pesar de que esta normativa no contiene auténticos elementos impeditivos para que pueda realizarse. Las dificultades más importantes del soporte cambiario serían su régimen de transmisión, su régimen fiscal y su incapacidad para la desmaterialización.

Llegados a este punto, el prof. Peinado realiza su principal aportación al considerar a los pagarés de empresa como efectos de comercio generalmente emitidos al portador y, que como tales, encuentran su régimen jurídico básico en los arts. 544 y ss. del Código de Comercio. Los referidos preceptos sancio-

nan la base legal que faculta a la autónoma libertad de las partes para la conformación de los títulos según aquella forma específica de emisión. Con la emisión de los pagarés de empresa como efectos al portador, se solventan buena parte de los problemas enunciados para su documentación como títulos cambiarios. Así, el pagaré de empresa se emite bajo la responsabilidad del firmante, sin que el intermediario haya de incorporar su propia garantía.

Por el juego conjunto de los arts. 544 y ss. del C. Com., el pagaré de empresa se rige por el principio de libertad de forma. Esta libertad de forma se aprecia en dos campos distintos. De una parte, y contrariamente a lo que sucede con otros valores como la letra de cambio, en lo que respecta al aspecto general rige el principio de libertad formal.

La segunda vertiente en la que se aprecia esta libertad de forma es en las menciones preceptivas del pagaré de empresa. No obstante, y no por imperativo legal sino por la propia existencia y coherencia de la promesa de pago documentada, se hace necesario que todo pagaré de empresa contenga algunas menciones ya deducidas en el propio negocio incorporado: manifestación que recoja una voluntad incondicionada de pagar al vencimiento, circunstancias del negocio (fecha de giro, fecha de vencimiento, lugar de pago, cuantía), sujetos activo y pasivo. Además, el promitente deberá suscribir el documento.

En consonancia con la aludida libertad formal, el pagaré de empresa cuya emisión queda acogida al contenido de los arts. 544 y ss. del C. Com., no precisa (pese a ser un título causal) hacer expresa mención de la «cláusula valor». En este supuesto, en realidad la causa se presupone (art. 1277 del Código Civil), y se desplaza a quien oponga su inexistencia el *onus probandi* de tal eventualidad (arts. 1214 y 1250 del CC): de esta forma, se acaba dando lugar a una situación calificada como de abstracción procesal de la causa.

Como última característica, según se desprende del art. 544 del C. Com., el pagaré de empresa al portador puede acceder al procedimiento ejecutivo, sin más requisitos que el reconocimiento de su firma por parte del deudor. Ciertamente, la ejecución de los pagarés de empresa al portador puede hacerse por dos vías: como títulos al portador o como documento privado reconocido. Pero, una vez analizadas las dificultades del art. 1429-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el autor señala correctamente como expediente más idóneo para la ejecutoriedad del pagaré de empresa, el contenido en el párrafo 2.º de este mismo artículo.

En cuanto al acceso a la vía ejecutiva de los pagarés incorporados a anotaciones contables, identifica como clave la promulgación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que al adicionar un párrafo 7.º al art. 1429 de la LEC, apareja la ejecución al documento de legitimación propio de las anotaciones contables, esto es, la certificación expedida por las entidades depositarias, acompañada de copia de la escritura pública de representación o emisión de los valores.

III

En la tercera Sección de la obra, el autor parte de la convicción de que los diferentes regímenes jurídicos comprendidos dentro de la categoría de los títulos-valores son insuficientes para tutelar todos los intereses públicos y privados en conflicto. En este sentido, destaca la dificultad de encajar al pagaré de empresa dentro de las figuras tradicionales de los títulos-valor debido a la

aparición de un nuevo concepto, de origen económico, recogido en ocasiones por el legislador sin definirlo y que supera las categorías tradicionales. Se trata de la noción de activo financiero. Bajo dicha condición parecen recogerse instrumentos atípicos de muy variada naturaleza, considerados por su destinatario como instrumentos de inversión. Pretende por ello reconstruir un régimen jurídico comprendido, de una parte, por las normas propias del pagaré de empresa en cuanto título y, de otra, por las normas que le son aplicables en cuanto objeto de mercados financieros. No podemos olvidar que la naturaleza jurídica se define en función de la operación financiera a la que sirve, las condiciones en que se negocia, y el ámbito determinable de sus posibles tomadores. Y son precisamente estos tomadores los que aparecen como sujetos a tutelar por una legislación que ha de tener en la protección del inversor/consumidor uno de sus principios básicos.

Lo anterior le obliga, como paso previo a la conceptualización económica, a describir el contenido de las tres variables que necesariamente se hallan presentes en todos los tipos de activos financieros en forma y proporción diversa. A saber: la liquidez, el riesgo y la rentabilidad.

En el último Capítulo, examina las cuestiones básicas relativas a la consideración del pagaré de empresa como «valor negociable», entendiendo «valor negociable» como la traducción jurídica del concepto económico de activo financiero ensayado en el Capítulo V. Así, sin perjuicio del concepto que puede ser extraído del art. 2.º, RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, define a los «valores negociables» como derechos documentados de participación en una sociedad o en un crédito no vencido, ofertados al público y dotados de un mercado organizado, tanto en su emisión como en su eventual circulación posterior (en orden a la distinción entre «valor negociable» y «valor mobiliario simple» se pueden seguir varios criterios; quizás el más interesante sea el ofrecido por Alonso Espinosa al atender al grado de liquidez; de esta forma los valores negociables se singularizan por tener un «plus de liquidez» resultante de la negociación pública). Tras esto, contrasta los elementos descritos de todo valor negociable con las características de los pagarés de empresa y, profundiza en aspectos de su documentación, mercados de negociación, derechos de participación, y oferta al público mediante emisiones. En este apartado, es significativa la intuición del autor al establecer la necesidad de protección («*need of protection*») como criterio determinante en la aplicación de las prescripciones de carácter tuitivo contenidas en el citado RD 291/1992.

IV

Todas las cuestiones reseñadas constituyen el soporte de una excelente visión sintética y, a la vez, exhaustiva de la institución jurídica. Donde destaca, muy especialmente, la decisiva contribución del autor a la modernización de la dogmática en esta compleja materia, en la cual Economía y Derecho aparecen fuertemente implicadas.

Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.— II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valores, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.— III. Derecho urbanístico.— IV. Derecho comunitario.— V. Derecho procesal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. CERDA JIMENO, José: «Una introducción al Derecho», RCDI, núm. 630, 1995, págs. 1547 y ss.

2. LETE DEL RÍO, José Manuel: «Reflexiones sobre la Ley de Derecho civil de Galicia», Actualidad Civil, núm. 43, 1995, págs. 871 y ss.

3. PENA LÓPEZ, José M.^a: «Derecho civil, Derecho común y Derecho especial», Actualidad Civil, núm. 41, 1995, págs. 831 y ss.

4. ID: «Consideración del Derecho foral como Derecho común. El sistema autónomo de Derecho civil común gallego», Actualidad Civil, núm. 46, 1995, págs. 925 y ss.

5. ID: «El alcance del error de derecho en el artículo 6.1 del Código Civil», RDP, diciembre de 1995, págs. 1107 y ss.

6. TRINIDAD GARCÍA, M.^a Luisa: «Las excepciones de orden público y fraude de ley en las recientes codificaciones europeas de Derecho internacional privado», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11289 y ss.

7. VICENT CHULIÁ, Francisco: «Norma aplicable, analogía, fraude de ley “and all that” en el Derecho de sociedades», RGD, diciembre de 1995, págs. 13523 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

8. CANO I ARTESEROS, Silvia: «La intimitat corporal segons la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», RJC, núm. 4 de 1995, págs. 1015 y ss.

9. EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)», DPC, núm. 5, 1995, págs. 253 y ss.

Comentario a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en dos sentencias que resuelven sendos recursos de amparo relativos a resoluciones administrativas en las que se declaraba a varios menores en situación de desamparo y se asumía la tutela automática por las entidades públicas competentes.

10. FERRER RIBA, Josep: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña», DPC, núm. 7, 1995, págs. 31 y ss.

11. GARCÍ MARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La argumentación más favorable al derecho fundamental, el acceso a los recursos y las decisiones judiciales extranjeras (A propósito de la STC 199/1994, de 4 de julio)», DPC, núm. 5, 1995, págs. 329 y ss.

12. MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Recurso de casación en el que se invoca infracción de preceptos constitucionales y de Derecho Civil de Cataluña. Competencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Libertad de culto. Ejercicio de esa libertad: culto público y privado. Manifestaciones y extensión de esa libertad», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 453 y ss.

Comentario a la STS de 13 de mayo de 1994.

13. RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional», DPC, núm. 7, 1995, págs. 167 y ss.

14. SALANOVA VILLANUEVA, Marta: «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», DPC, núm. 7, 1995, págs. 231 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

15. BERMEJO VERA, José: «Sobre la dimensión constitucional del derecho de asociación: consecuencias y efectos», La Ley, 1995-2, págs. 11031 y ss.

16. CAMPO ARBULO, José A. del: «Las fundaciones a fe y conciencia en el Ordenamiento Jurídico español», La Ley, 1995-2, págs. 1046 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

17. ADÁMEZ MARTÍNEZ, Miguel Angel: «Fianza y asunción cumulativa de deuda: diferencias. Asunción por socio de una cláusula penal», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 653 y ss.

Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994.

18. AGUSTÍN CALVO, M.^a Graciela: «La valoración judicial en la indemnización por daño moral», RGD, julio-agosto de 1995, págs. 8693 y ss.

19. ANTÓN GUIJARRO, Javier: «Compatibilidad entre las acciones derivadas de los vicios ocultos en la compraventa y las procedentes del llamado “aliud pro alio”: dos visiones jurisprudenciales enfrentadas», RGD, septiembre de 1995, págs. 9733 y ss.

20. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Compraventa simulada. Donación remuneratoria encubierta. Legitimación», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 811 y ss.

Comentario a la STS de 14 de marzo de 1995.

21. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «El depósito constituido en manos de un incapaz. Interpretación de un oscuro precepto del Código Civil: el artículo 1765», Actualidad Civil, núm. 16, 1996, págs. 373 y ss.

22. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Tarjeta de crédito; cancelación de la misma por error: cancelación del seguro correspondiente; indemnización de los daños y perjuicios derivados de muerte del titular de la tarjeta; moderación de la responsabilidad», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 549 y ss.

Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994.

23. BONET NAVARRO, Angel: «El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral (Sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)», DPC, núm. 6, 1995, págs. 179 y ss.

24. CABALLERO LOZANO, José M.^o: «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la Jurisprudencia», Actualidad Civil, núm. 13, 1996, págs. 293 y ss.

25. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas», DPC, núm. 6, 1995, págs. 9 y ss.

26. CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: «Modalidades de venta. Competencias estatales, autonómicas y locales», DPC, núm. 5, 1995, págs. 9 y ss.

27. CASTILLO RODRÍGUEZ, Luz: «Los procesos arrendaticios urbanos», Actualidad Civil, núm. 3, 1996, págs. 63 y ss. y ss.

28. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 51/1989, de 21 de abril», DPC, núm. 6, 1995, págs. 43 y ss.

29. CONTIJOCH, Ramón: «El impuesto de bienes inmuebles (IBI) y su repercusión, en la nueva LAU 29/1994», RJC, núm. 1, 1996, págs. 85 y ss.

30. CORDERO LOBATO, Encarna: «Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», RDP, octubre de 1995, págs. 875 y ss.

31. CORDÓN MORENO, Faustino: «Acción subrogatoria y opción de compra», RJNav., núm. 19, 1995, págs. 93 y ss.

32. CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La responsabilidad extracontractual indirecta del propietario de un vehículo por los daños causados por un conductor autorizado», RGD, septiembre 1995, págs. 9573 y ss.

33. CRISTÓBAL MONTES, Angel: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones alternativas, con elección atribuida al acreedor», RCDI, núm. 629, 1995, págs. 1161 y ss.

34. DÍAZ ALABART, Silvia: «Responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad de un colegio público por los daños sufridos por un menor; concurrencia de culpa de la propia víctima», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 631 y ss.

Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1994.

35. ID: «Apuntes sobre el arbitraje de consumo. El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo», Actualidad Civil, núm. 5, 1996, págs. 103 y ss.

36. ID: «Las arras (I) y (II)», RDP, enero de 1996, págs. 3 y ss., y febrero de 1996, págs. 83 y ss.

37. DÍAZ DE OTAZU GUERRI, Luis: «Arrendamientos de local de negocio sujetos a la disposición transitoria primera, apartado segundo de la LAU de 24 de noviembre de 1994», RCDI, núm. 629, 1995, págs. 1363 y ss.

38. ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «El profesional de la agricultura y el cultivador personal en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Reflexiones en torno a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», RGD, diciembre de 1995, págs. 12985 y ss.

39. FERNÁNDEZ GIL, Cristina: «Reflexiones sobre el interés del 20% en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley Orgánica 3/89», Actualidad Civil, núm. 42, 1995, págs. 847 y ss.

Estudio de la Disposición Adicional 3.ª de la LO 3/1989, por la que se introduce, en los juicios seguidos con motivo de la circulación de vehículos a motor, la posibilidad de imponer a las compañías aseguradoras el interés del 20% en las indemnizaciones fijadas a favor del perjudicado, si no son pagadas o consignadas en el plazo de tres meses desde la fecha del siniestro.

40. GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado», Actualidad Civil, núm. 45, 1995, págs. 907 y ss. _

41. GÓMEZ CALLE, Esther: «La responsabilidad civil del menor», DPC, núm. 7, 1995, págs. 87 y ss.

42. GÓMEZ DÍEZ, Justo José: «Cláusulas abusivas e integración de los contratos. (Comentario a la S. de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 1994)», Poder Judicial, núm. 37, 1995, págs. 371 y ss.

43. GONZÁLEZ, Aurora: «Resolución de contrato de compraventa de inmuebles. Ambito de aplicación de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil. Requerimiento de resolución como requisito previo para la resolución del contrato de aportación de solar para obra futura», CCJC, núm. 38, 1995, pp 573 y ss.

Comentario a la STS de 22 de noviembre de 1994.

44. GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Contrato de juego en casino autorizado: calificación del contrato de adjudicación de fichas mediante entrega de cheque; compatibilidad de su regulación administrativa y de su régimen civil; ludopatía, conducta desordenada del jugador y vicio de la voluntad; violación por el casino de la normativa administrativa reguladora del juego, licitud o ilicitud de éste en tal caso, y validez civil de sus consecuencias; interpretación de la norma jurídica desde la realidad social del momento de su aplicación; exigibilidad de la deuda de juego lícito y moderación judicial de la misma», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 677 y ss.

Comentario a la STS de 30 de enero de 1995.

45. GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Función notarial y responsabilidad civil», Actualidad Civil, núm. 39, 1995, págs. 799 y ss.

46. HERAS HERNÁNDEZ, María de las: «Cuenta corriente bancaria indistinta. Solidaridad activa. Atribución del dominio de las sumas depositadas», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 565 y ss.

Comentario a la STS de 21 de noviembre de 1994.

47. HERNÁNDEZ ARRANZ, M.C. e INIESTA DELGADO, J.J.: «Algunos aspectos acerca de la duración de los contratos en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», La Ley, 1995-2, págs. 963 y ss.

48. LARA GONZÁLEZ, Rafael: «El contrato de agencia en Italia: notas sobre su regulación actual», RJNav., núm. 18, 1994, págs. 195 y ss.

49. LÓPEZ SIMO, F. y BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. de: «Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: cuestiones de Derecho procesal», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11213 y ss.

50. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos: «Protección de la edificación y protección del consumidor: la Ley catalana 24 (1991, de 29 de noviembre, sobre la Vivienda)», DPC, núm. 6, 1995, págs. 69 y ss.

51. MARÍN GÁMEZ, José Angel: «A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del “consentimiento informado”», RGD, julio-agosto de 1995, págs. 8237 y ss.

52. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho navarro», RJNav., núm. 18, 1994, págs. 9 y ss.

53. ID: «Enriquecimiento sin causa; requisitos, subsidiariedad de la acción. Obra contratada por el arrendatario; acción del contratista contra el dueño del inmueble arrendado», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 613 y ss.

54. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Rafael: «Notas sobre la naturaleza jurídica del cumplimiento», RJNav., núm. 19, 1995, págs. 109 y ss.

55. MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz: «La propensión negocial del Código Civil español», RCDI, núm. 632, 1996, págs. 9 y ss.

56. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: «Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva», *La Ley*, 1995-3, págs. 698 y ss.

57. MAS BADÍA, M.^a Dolores: «La reversión legal de donaciones: el art. 812 CC», *RCDI*, núm. 630, 1995, págs. 1631 y ss.

58. MIGUEL PERALES, Carlos de: «Ensayo sobre algunos supuestos especiales de responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *RDM*, núm. 216, 1995, págs. 681 y ss.

59. MOLINA BLÁZQUEZ: «La responsabilidad civil en el Proyecto de Código Penal de 1994», *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, págs. 127 y ss.

60. MONER MUÑOZ, Eduardo: «Los daños dolosos como causa de exclusión del seguro de responsabilidad civil», *RGD*, octubre-noviembre 1995, págs. 11311 y ss.

61. MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Notas sobre la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda surgidos con posterioridad a la LAU de 1994», *RCDI*, núm. 631, 1995, págs. 2171 y ss.

62. MUÑOZ SABATE, Lluís: «La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma», *La Ley*, 1995-3, págs. 729 y ss.

63. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «La relación arrendaticia urbana hoy», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1996, págs. 1 y ss.

64. ORAA GONZÁLEZ, Javier: «El régimen procesal de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Notas críticas», *La Ley*, 1995-3, págs. 744 y ss.

65. ORTEGA LLORCA, Vicente: «Las responsabilidades por vicios de la construcción», *RGD*, diciembre de 1995, págs. 13025 y ss.

66. PARRA LUCÁN, M.^a Angeles: «Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1995, págs. 723 y ss.

67. ID: «El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso civil en el proceso penal: declaración de nulidad de título por la jurisdicción penal e indemnización penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre)», *DPC*, núm. 5, 1995, págs. 307 y ss.

68. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Revocación de donaciones por causa de ingratitud. Las relaciones extramatrimoniales de la donataria con una persona de raza árabe no constituyen delito ni tienen entidad suficiente para motivar la revocación. Prueba testifical: libre apreciación por el juzgado de instancia. Congruencia de la sentencia absolutoria que omite pronunciarse sobre un extremo del suplico de la demanda», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 783 y ss.

69. ID: «Autorización gubernativa de derribo y denegación de prórroga del arrendamiento urbano (A propósito de la STC 321/1993, de 8 de noviembre)», *DPC*, núm. 5, 1995, págs. 289 y ss.

Comentario a la STS de 27 de febrero de 1995.

70. REAL PÉREZ, Alicia: «Culpa extracontractual. Riesgo. Concurrencia de culpas. Derecho a la tutela judicial efectiva apreciado por el Tribunal en aplicación del principio “iura novit curia”», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 755 y ss.

Comentario a la STS de 15 de febrero de 1995.

71. RIFA SOLER, JOSÉ M.: «Responsabilidad patrimonial del Estado el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y error judicial», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11233 y ss.

72. RODES, Juan E.: «El (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento», RJC, núm. 4, 1995, págs. 1045 y ss.

73. SÁNCHEZ-GAMBORINO, Francisco José: «La llamada culpa equiparable a dolo y sus consecuencias en el Contrato de Transporte», RDM, núm. 216, 1995, págs. 723 y ss.

74. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Consentimiento informado. Carga de la prueba. Prescripción», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 471 y ss.

Comentario a la STS de 12 de julio de 1994.

75. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «La elección de la Ley aplicable a las obligaciones en el comercio internacional», RDBB, núm. 59, 1995, págs. 703 y ss.

76. SÁNCHEZ MONTENEGRO, Julio César: «El recargo por mora del asegurador en los accidentes de circulación», Poder Judicial, núm. 38, 1995, págs. 207 y ss.

77. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Anulación de una enajenación producida en un procedimiento de apremio fiscal. (Apuntes sobre un deslinde de dos órdenes jurisdiccionales)», RCDI, núm. 629, 1995, págs. 1375 y ss.

78. SILVIA RUIZ, Pedro F.: «La exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional», RDP, enero de 1996, págs. 39 y ss.

79. SOLE I FELIU, Josep: «El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos», RJC, núm. 4, 1995, págs. 947 y ss.

80. SOTO NIETO, Francisco: «Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos», La Ley, 1995-2, págs. 826 y ss.

81. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», RCDI, núm. 630, 1995, págs. 1523 y ss.

82. VIGURI PEREA, Agustín: «Tratamiento de las cláusulas de sumisión expresa en el marco de los contratos de adhesión. Determinación de la competencia como acción personal (STS de 23 de julio de 1993)», Poder Judicial, núm. 38, 1995, págs. 335 y ss.

83. ZARZUELO DESCALZO, José: «La responsabilidad del garajista (evolución jurisprudencial)», RGD, enero-febrero de 1996, págs. 175 y ss.

5. DERECHOS REALES

84. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», RCDI, núm. 631, 1995, págs. 1951 y ss.

85. **ÁVILA NAVARRO, Pedro:** «Notas sobre cancelación de censos no divididos», *RJC*, núm. 1, 1996, págs. 101 y ss.

86. **BOTANA GARCÍA, Gemma A.:** «Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo relativo a las situaciones de cotitularidad en el Derecho de propiedad», *RCDI*, núm. 629, 1995, págs. 1309 y ss.

87. **CABALLERO LOZANO, José M.^a:** «El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RCDI*, núm. 632, 1996, págs. 65 y ss.

88. **CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago:** «Breve comentario del artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual», *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, págs. 307 y ss.

89. **FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis:** «Publicidad inmobiliaria en el Derecho Mesopotámico antiguo; y Sobre la publicidad inmobiliaria en la Grecia clásica según Teofrasto», *RCDI*, núm. 629, 1995, págs. 1099 y ss.

90. **GIMBERNAT ORDEIG, Enrique:** «Sobre el concepto de “plagio” en los delitos contra la propiedad intelectual (Comentario a la STC 40/1994, de 15 de febrero)», *DPC*, núm. 6, 1995, págs. 213 y ss.

91. **GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen:** «Propiedad horizontal. Acuerdos de la junta de propietarios. Procedimiento colegial. Cómputo de mayorías. Elección de presidente y secretario», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 741 y ss.

Comentario a la STS de 10 de febrero de 1995.

92. **HAZA DÍAZ, Pilar de la:** «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano», *RCDI*, núm. 630, 1995, págs. 1587 y ss.

93. **HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel:** «El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación», *RCDI*, núm. 631, 1995, págs. 2045 y ss.

94. **LASARTE ALVAREZ, Carlos:** «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y la indefensión de los ocupantes de los inmuebles objeto de ejecución y adjudicación. Comentario a la STC 69/1995, de 9 de mayo», *La Ley*, 1995-3, págs. 3 y ss.

95. **LÖBER, B. y PENEDO DEL RÍO, J.L.:** «La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario en España y Alemania: la práctica notarial y registral», *RJN*, núm. 12, 1994, págs. 9 y ss.

96. **MELÍN MUÑOZ, Alfonso:** «Apuntes sobre el régimen de las adquisiciones “a non domino” en el Derecho Foral de Navarra», *RJNav.*, núm. 19, 1995, págs. 127 y ss.

97. **MERINO GUTIÉRREZ, Arturo:** «Hipoteca y asunción de deuda, *La Ley*, 1995-2, págs. 779 y ss.

98. **ORTÍ VALLEJO, Antonio:** «El mercado hipotecario en el marco de la política sobre vivienda», *DPC*, núm. 6, 1995, págs. 85 y ss.

99. **PAU PEDRÓN, Antonio:** «La constitución unilateral de hipoteca», *RCDI*, núm. 631, 1995, págs. 1991 y ss.

100. POZO CARRASCOSA, Pedro del: «Posesión indebida. Buena y mala fe posesorias. Restitución de frutos. Frutos percibidos y podidos percibir. Frutos y utilidad de la cosa poseída», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 601 y ss.

Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1994.

101. REBOLLEDO VARELA, Angel L.: «Las viviendas de protección oficial: aproximación a su régimen jurídico», DPC, núm. 6, 1995, págs. 135 y ss.

102. RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS ESPAÑA, Pilar: «La actitud de los poderes públicos ante los derechos de autor y afines en España», RCDI, núm. 629, 1995, págs. 1395 y ss.

103. RUBIO TORRANO, Enrique: «Retracto convencional: derecho real o personal. Acceso al Registro de la Propiedad de un derecho real. Alcance de la falta de plazo para su caracterización como derecho real», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 795 y ss.

Comentario a la STS de 3 de marzo de 1995.

104. SACRISTÁN REPRESA, Guillermo: «Legitimación de la Sociedad General de Autores de España en procedimientos sobre derechos de autor. Punto y seguido», Actualidad Civil, núm. 40, 1995, págs. 813 y ss.

105. SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto: «Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales, a la luz de la actual legislación urbanística», RJN, núm. 12, 1994, págs. 159 y ss.

106. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Angel: «Ejercicio de una acción de retracto de finca rústica. Cómputo del plazo para interponerlo», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 591 y ss.

Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1994.

107. TORRES I ESTRADA, Ramón: «El dominio público marítimo terrestre», RJC, núm. 4 de 1995, págs. 977 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

108. ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I.: «“Ius nubendi” y simulación matrimonial (Comentario a la RDGRN de 30 de mayo de 1995)», DPC, núm. 7, 1995, págs. 301 y ss.

109. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Disposición de bienes comunes por un solo cónyuge y rescisión por lesión», La Ley, 1995-3, págs. 822 y ss.

110. BAYO DELGADO, Joaquín: «Medidas cautelares y de garantía y cuestiones conexas de ejecución en el proceso de familia», RJC, núm. 4, 1995, págs. 1065 y ss.

111. BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: «El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)», RGD, enero-febrero de 1996, págs. 179 y ss.

112. CORDERO CUTILLAS, Icíar: «Filiación extramatrimonial. Negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Valoración», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 803 y ss.

Comentario a la STS de 8 de marzo de 1995.

113. **DIAGO DIAGO, M.^a Pilar:** «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad Civil*, núm. 14, 1996, págs. 329 y ss.

114. **DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar:** «Filación-adopción de niña nepalí acordada en Nepal por la autoridad competente. Autenticidad de los documentos aportados, pese a su falta de legalización preceptiva. Documento básico de la adopción en inglés y nepalí, con fotografías de los intervinientes y traducido por el Consulado de Nepal en Barcelona. Expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo. Tramitación procedente al no existir las certificaciones previstas por los artículos 23 LRC y 85 RRC. Nombre propio de quien adquiere la nacionalidad española. Mantenimiento del nombre. Falta de prueba de que la nacida utilice habitualmente el nombre solicitado», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 433 y ss.

Comentario a la resolución de la DGRN de 28 de abril de 1994.

115. **ESPIAU ESPIAU, Santiago:** «Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 667 y ss.

Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1994.

116. **GARCÍA PASTOR, Milagros:** «El derecho de visita en circunstancias excepcionales (SSTS de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)», *Actualidad Civil*, núm. 37, 1995, págs. 753 y ss.

117. **GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.:** «La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años», *DPC*, núm. 6, 1995, págs. 195 y ss.

118. **LÓPEZ PELÁEZ, Patricia:** «Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración en relación al Derecho común», *Actualidad Civil*, núm. 7, 1996, págs. 137 y ss.

119. **MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria:** «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño», *DPC*, núm. 7, 1995, págs. 135 y ss.

120. **ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, Carmelo:** «Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial», *La Ley*, 1995-2, págs. 989 y ss.

121. **ORTUÑO MUÑOZ, Pascual:** «El “dictamen de especialista” como prueba pericial “sui generis” en el Derecho de Familia y la mediación», *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, págs. 193 y ss.

122. **QUICIOS MOLINA, M.^a Susana:** «Filiación no matrimonial de madre casada: reconocimiento materno de hijo mayor de edad; ausencia de presunción de paternidad por separación de hecho de los cónyuges», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 441 y ss.

Comentario a la resolución de la DGRN de 30 de abril de 1994.

123. **REINA, Víctor:** «Anomalías psíquicas del consentimiento en el matrimonio canónico», *RJC*, núm. 4, 1995, págs. 913 y ss.

124. **SANCIÑENA ASURMENDI, Camino:** «La fianza en el régimen de conquistas», *Actualidad Civil*, núm. 38, 1995, págs. 767 y ss.

125. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Familia de hecho, vivienda habitual y pensión compensatoria: no cabe la analogía con el matrimonio», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 643 y ss.

Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1994.

7. DERECHO DE SUCESIONES

126. CASADO IZQUIERDO, Javier: «La acción de petición de herencia», Actualidad Civil, núm. 11, 1996, págs. 235 y ss.

127. GALVÁN GALLEGOS, Angela: «El destino de la herencia repudiada», RDP, octubre de 1995, págs. 899 y ss.

128. GARCÍA MORENO, José Miguel: «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», Actualidad Civil, núm. 44, 1995, págs. 883 y ss.

129. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Preterición no intencional de hijo o descendiente extramatrimonial. Usufructo universal del cónyuge viudo. Cautela sociniana. Reducción de legado inoficioso. Indefensión», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 693 y ss.

Comentario a la STS de 30 de enero de 1995.

130. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», DPC, núm. 6, 1995, págs. 227 y ss.

131. SÁINZ LÓPEZ NEGRETE, Manuel: «El Derecho de sucesiones inglés. Conflicto entre la ley española y la inglesa», RJN, núm. 12, 1994, págs. 119 y ss.

132. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «El derecho de saca en la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco», RJNav., núm. 19, 1995, págs. 45 y ss.

El trabajo analiza no sólo la denominada «saca foral», sino que tiene un carácter más amplio, pues también estudia el derecho que, desde hace siglos, el Ordenamiento vizcaíno atribuye a los parientes tronqueros sobre los bienes troncales para adquirirlos con preferencia a extraños a quienes les hayan sido, o les vayan a ser, transmitidos a título oneroso.

133. SILLERO CROVETTO, B. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: «La herencia yacente ante los tradicionales y actuales sistemas germánico y romano de adquisición de la herencia», RDP, septiembre de 1995, págs. 798 y ss.

134. VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla en Derecho portorriqueño», RCDI, núm. 630, 1995, págs. 1801 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

135. AZNAR GINER, Eduardo: «Las operaciones de concentración y reestructuración de empresas en la Ley 29/91, de 16 de diciembre», RGD, junio de 1995, págs. 6385 y ss.

136. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Conflicto entre signos distintivos y denominación social por riesgo de confusión», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 503 y ss.

Comentario a la STS de 21 de octubre de 1994.

137. LEMA DEVESA, Carlos: «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», La Ley, 1995-2, págs. 870 y ss.

138. MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», DPC, núm. 5, 1995, págs. 85 y ss.

139. SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho comparado)», RCDI, núm. 629, 1995, págs. 1177 y ss.

140. VAREA SANZ, Mario: «Modelo de utilidad: noción y requisitos. Régimen transitorio», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 533 y ss.

Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

141. ALCOVER GARAU, Guillermo: «La retribución de los administradores de las sociedades de capital. Coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable», RDS, núm. 5, 1995, págs. 131 y ss.

142. BERDEJO VIDAL, Juan A.: «Las sentencias del Tribunal Supremo (Salas 1.ª y 3.ª) de fechas 23 de diciembre de 1992 y 7 de mayo de 1994. Un nuevo distanciamiento entre las doctrinas científica y jurisprudencial en torno a los efectos de la sociedad no inscrita», La Ley, 1995-3, págs. 889 y ss.

143. BOLAS ALFONSO, Juan: «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada», RDP febrero de 1996, págs. 113 y ss.

144. CABAÑAS TREJO, R. y MACHADO PLAZAS, J.: «Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones en los supuestos especiales de adquisición *mortis causa* y en virtud de procedimiento de ejecución», RDS, núm. 5, 1995, págs. 147 y ss.

145. DONLE, Christian: «Una ojeada sobre los grupos de hecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», RGD, junio de 1995, págs. 6885 y ss.

146. EMBID IRUJO, José Miguel: «Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», RGD, diciembre de 1995, págs. 13415 y ss.

147. ENRIQUE BALLESTER, Juan: «El deber de adaptarse a la Ley de Sociedades Limitadas», RGD, junio de 1995, págs. 7105 y ss.

148. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución», RDS, núm. 5, 1995, págs. 47 y ss.

149. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «El problema del “insider trading”. Materiales para la reflexión», RGD, diciembre de 1995, págs. 13441 y ss.

Estudio del denominado «insider trading», entendido como la realización de operaciones sobre valores negociables por alguien que posee información no pública sobre dichos valores o sobre sus emisores y que, de hacerse pública, provocaría una variación en la cotización de tales valores.

Se analiza el concepto de esta figura, sus antecedentes, la normativa comunitaria y su regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico.

150. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: «La Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada: acto final», RDS, núm. 5, 1995, págs. 11 y ss.

151. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Las aportaciones en la sociedad responsabilidad limitada», RDS, núm. 5, 1995, págs. 79 y ss.

152. GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Los pactos de indemnización del administrador cesado», RDM, núm. 216, 1995, págs. 473 y ss.

153. GIL RODRÍGUEZ, J. y SOTILLOS URRA, J.L.: «Usufructo de acciones: ampliación de capital. Aumento de valor de las acciones usufructuadas y ulterior desdoblamiento de las mismas. Titularidad de las nuevas acciones. Pacto suscrito entre nudo propietario y usufructuaria en orden a la apropiación de derechos de suscripción. No incluye supuesto de aumento de valor nominal seguido de desdoblamiento de acciones», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 579 y ss.

Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1994.

154. HERRERO MORO, Guillermo: «Estudio del nuevo régimen de los órganos sociales en la Ley de Responsabilidad Limitada de 1995», RCDI, núm. 632, 1996, págs. 25 y ss.

155. HUERTA VIESCA, M.ª I. y VILLIERS, C.: «La retribución de los administradores de sociedades anónimas y limitadas en el Derecho español y en el Derecho inglés: aproximación a sus aspectos comunes y nuevas perspectivas», RGD, diciembre de 1995, págs. 13475 y ss.

156. LA CASA GARCÍA, Rafael: «Sociedades anónimas: aportación de automóviles en régimen de leasing con asunción de la deuda consistente en el importe de las cuotas pendientes por la sociedad; incumplimiento del compromiso de pago por parte de aquella; satisfacción por el aportante de tales cantidades a la compañía de leasing y posterior petición de reintegro frente a la sociedad», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 725 y ss.

Comentario a la STS de 7 de febrero de 1995.

157. MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», RDS, núm. 5, 1995, págs. 164 y ss.

158. MONGE GIL, Angel Luis: «Sociedades: levantamiento del velo. Transporte internacional de mercancías por carretera: prescripción», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 767 y ss.

Comentario a la STS de 24 de febrero de 1995.

159. **ORTIZ VAAMONDE, Santiago:** «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1996, págs. 25 y ss.

160. **PAZ ARIAS, José M.ª de:** «Los inversores institucionales como medio de resolución del conflicto de intereses entre administradores y accionistas en la sociedad abierta», *RDBB*, núm. 60, 1995, págs. 857 y ss.

161. **PAZ-ARES, Cándido:** «La aportación de uso en las sociedades de capital», *RDS*, núm. 5, 1995, págs. 33 y ss.

162. **PORTALE, GIUSEPPE B.:** «Grupos y capital social», *RGD*, diciembre de 1995, págs. 13389 y ss.

163. **RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia:** «Las aportaciones sociales en la sociedad anónima: consideración especial de la aportación de un fondo de comercio», *Actualidad Civil*, núm. 8, 1996, págs. 153 y ss.

164. **SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan:** «Participaciones significativas en el capital de entidades de crédito», *RDBB*, núm. 58, 1995, págs. 249 y ss. y núm. 59, 1995, págs. 685 y ss.

165. **TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús:** «Cooperativa: baja de socios. Expulsión. Tipicidad estatutaria de faltas e irretroactividad. Recurso contra el acuerdo de expulsión del Consejo Rector ante la Asamblea General. Momento en que debe entenderse interpuesto en el supuesto de que se haga por carta. Efectos de su falta de resolución por la Asamblea General», *CCJC*, núm. 38, 1995, págs. 709 y ss.

Comentario a la STS de 2 de febrero de 1995.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES. AUXILIARES DEL TRAFICO

166. **BLASCO LANG, Juan José:** «Auditoría de las entidades de crédito: el informe complementario», *RDBB*, núm. 60, 1995, págs. 1057 y ss.

167. **FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro:** «Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución», *RGD*, junio de 1995, págs. 6959 y ss.

168. **GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis:** «La difusión de información por las sociedades bancarias cotizadas», *RDBB*, núm. 58, 1995, págs. 299 y ss.

169. **LARGO GIL, Rita:** «La tutela de los depositantes ante las crisis financieras de las entidades de crédito. En particular, el supuesto de las cuentas con varios titulares», *RDBB*, núm. 58, 1995, págs. 393 y ss.

170. **PETIT LAVALL, M.ª Victoria:** «La supresión de la regla de rotación obligatoria en el nombramiento de auditores de cuentas por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RGD*, junio de 1995, págs. 6903 y ss.

171. **PIÑOL ESPASA, José Agustín:** «Miembros del Mercado español de Deuda del Estado: delimitación y caracterización (análisis legislativo)», *RDBB*, núm. 60, 1995, págs. 1069 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

172. GIMÉNEZ DE LA CUADRA, Guillermo: «Situación actual de los privilegios e hipoteca marítimos y embargo preventivo de buques», RGD, septiembre de 1995, págs. 10231 y ss.

173. LETE ACHIRICA, Javier: «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», Actualidad Civil núm. 6, 1996, págs. 127 y ss.

174. MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «Cuentas bancarias indistintas», RDBB, núm. 59, 1995, págs. 721 y ss.

175. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11255 y ss.

176. SERRA MALLOL, Antonio J.: «Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen a su regulación», RGD, junio de 1995, págs. 6337 y ss.

177. VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «Los “repos” celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes», RDBB, núm. 60, 1995, págs. 921 y ss.

El trabajo analiza el denominado «repo», término abreviado de la expresión anglosajona «repurchase agreement». Se trata de una figura contractual mercantil, de naturaleza crediticia, que proviene del mercado financiero norteamericano y aparece en España a principios de la década de los ochenta. Suele definirse como acuerdo bilateral de voluntades consistente en la «compra» al contado de valores de deuda pública y en la posterior «reventa» de valores de las mismas características a corto plazo y a un precio, fijado de antemano, superior al de la inicial «compra».

5. TITULOS VALORES, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

178. MONGE GIL, Angel Luis: «Fraude de ley; letras de favor», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 489 y ss.

Comentario a la STS de 20 de octubre de 1994.

179. PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «¿Títulos de crédito atípicos?», RDBB, núm. 59, 1995, págs. 617 y ss.

180. RAMOS HERRANZ, Isabel: «Verificaciones que ha de realizar el Banco librado con ocasión de pago de cheques», RDBB, núm. 60, 1995, págs. 991 y ss.

6. DERECHO CONCURSAL

181. BELO GONZÁLEZ, Ramón: «Acumulación de autos al juicio universal de quiebra (con particular referencia al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos)», RGD, septiembre de 1995, págs. 9705 y ss.

182. GOZALO LÓPEZ, Vicente: «Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia [Insolvenzordnung (InsO)] de 5 de octubre de 1994», RDM, núm. 216, 1995, págs. 561 y ss.

183. GUASCH MARTORELL, Rafael: «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», RDM, núm. 216, 1995, págs. 517 y ss.

184. PARDO NÚÑEZ, Celestino R.: «Sobre la posibilidad de practicar anotaciones de embargo cuando la quiebra del propietario esté sentada en los libros del Registro», La Ley, 1995-2, págs. 1139 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

185. ALONSO MÁS, María José: «El alcance de las reservas de dispensación contenidas en los Planes de Urbanismo», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11711 y ss.

186. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César: «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística», RDU, núm. 146, 1996, págs. 27 y ss.

187. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: «Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos», RDU, núm. 146, 1996, pp 11 y ss.

188. ARROYO YANES, Luis Miguel: «Sobre el régimen jurídico de las parcelaciones urbanísticas», La Ley, 1995-3, págs. 735 y ss.

189. BLANQUER PRATS, María Blanca: «Aspecto contractual de los PAU», RDU, núm. 144, 1995, págs. 11 y ss.

190. BRUSILOVSKY FILER, B. y FRANCHINI T.: «El aprovechamiento tipo. Aspectos generales y específicos de los cascos históricos», RDU, núm. 145, 1995, págs. 127 y ss.

191. CORRAL DUEÑAS, Francisco: «Cuestiones del suelo periurbano», RCDI, núm. 631, 1995, págs. 2017 y ss.

192. CUERNO LLATA, J., GARCÍA FLÓREZ, F. y GÓMEZ OVIEDO, J.M.: «El sistema de recuperación de las plusvalías», RDU, núm. 144, 1995, págs. 85 y ss.

193. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ignacio: «Densidad de población y garantía de los espacios libres en la modificación del Planeamiento Urbanístico (El alcance del artículo 128.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo)», RDU, núm. 145, 1995, págs. 55 y ss.

194. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «Los problemas de coordinación de las actividades sectoriales sobre el territorio, con especial referencia a Castilla y León», RDU, núm. 144, 1995, págs. 105 y ss.

195. LÓPEZ PELLICER, José A.: «Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos», RDU, núm. 146, 1996, págs. 97 y ss.

196. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Condicionamientos forestales de la urbanización», RDU, núm. 144, 1995, págs. 159 y ss.

197. LORENTE TALLADA, J.L. y JUAN PUIG, C. de: «Gestión privada “versus” gestión pública en la Legislación del Suelo», RGD, octubre-noviembre de 1995, págs. 11721 y ss.

198. MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino: «Los convenios urbanísticos», RDU, núm. 144, 1995, págs. 59 y ss.

199. MEILÁN GIL, José Luis: «La dimensión temporal de la Ordenación Urbanística», RDU, núm. 145, 1995, págs. 11 y ss.

200. PAREJO ALFONSO, Luciano: «Ordenación del territorio y medio ambiente», RDU, núm. 146, 1996, págs. 131 y ss.

201. PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.ª: «Actuaciones sectoriales del Estado sobre el territorio por razón del artículo 149.1.4 de la Constitución», RDU, núm. 145, 1995, págs. 55 y ss.

202. PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso: «La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento (Hacia la reducción de la discrecionalidad)», RDU, núm. 146, 1996, págs. 57 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

203. AGUILAR-CANOSA CASTELLA, Santiago: «La responsabilidad de las entidades de crédito en España “versus” países de la Unión Europea», La Ley, 1995-3, págs. 760 y ss.

204. BUESO GUILLÉN, Pedro-José: «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», RDBB, núm. 59, 1995, págs. 653 y ss.

205. LINACERO DE LA FUENTE, María: «Notas sobre la publicidad ilícita en el Ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad», Actualidad Civil, núm. 10, 1996, págs. 217 y ss.

206. MORONDA FRUTOS, J. L. y TENA FRANCO, M.ª I.: «Proyecto de Convenio Comunitario de 1994 relativo a la quiebra», RGD, enero-febrero de 1996, págs. 117 y ss.

207. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Grupos de empresas y armonización del mercado de valores en la Unión Europea. La perspectiva de la tutela del inversor», RDG, diciembre de 1995, págs. 13431 y ss.

V. DERECHO PROCESAL

208. BONET NAVARRO, Angel: «Subordinación, complementariedad y excepcionalidad de las diligencias para mejor proveer. La función de las diligencias para mejor proveer respecto del objeto de la prueba. Imposibilidad de acordar su práctica cuando no ha habido actividad probatoria en el momento oportuno. Supuestos en que cabe recurrir a la adopción de las providencias que acuerdan diligencias para mejor proveer», CCJC, núm. 38, 1995, págs. 521 y ss.

Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1994.

209. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», Actualidad Civil, núm. 15 de 1996, págs. 349 y ss.

210. CALDERÓN CUADRADO, M.ª Pía: «La efectividad de la tutela judicial y las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», Actualidad Civil, núm. 9 de 1996, págs. 185 y ss.

211. CLIMENT DURÁN, Carlos: «La unificación de los procesos civil y penal», RGD, enero-febrero de 1996, págs. 13 y ss.

212. FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: «Aproximación a una delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de la legitimación en el proceso civil», DPC, núm. 38, 1995, págs. 79 y ss.

213. FONT SERRA, Eduardo: «La configuración de la pericia en la Ley de Enjuiciamiento Civil como un medio de prueba bilateral», La Ley, 1995-2, págs. 741 y ss.

214. GUERRA PALACIOS, Miguel: «Cuestiones procesales surgidas en la apelación civil con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal», Actualidad Civil, núm. 12, 1996, págs. 253 y ss.

215. MARTÍN OSTOS, José de los Santos: «La competencia territorial en el proceso civil. Nuevas orientaciones legislativas», La Ley, 1995-3, págs. 917 y ss.

216. PUYOL MONTERO, Javier: «El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos», Actualidad Civil, núm. 4, 1996, págs. 79 y ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RJNav.	Revista Jurídica de Navarra

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resoluciones comentadas

Revocación de poder y autocontrato

Comentario a la RDGRN de 6 de diciembre de 1994

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ
(Notario)

Prof. Asociado de D.º Civil de la Universidad de Almería

Si a un Tribunal de Oposiciones o a un profesor universitario se le hubiese ocurrido para un dictamen o supuesto práctico traer a colación los hechos que dieron lugar a esta resolución, probablemente hubieran recibido el reproche de una excesiva pasión por el laboratorio, lo cual pone de manifiesto, una vez más, que la realidad va siempre por delante de la ficción.

LOS HECHOS

El día 13 de diciembre de 1991, ante Notario de Arrecife (Lanzarote), Don H., ciudadano alemán, se otorgó a sí mismo escritura de compraventa de una finca situada en dicha isla canaria. Intervenia en la escritura, de una parte, como vendedor; por sí y en nombre de su esposa (haciendo uso de un poder de ésta, concedido ante notario alemán, con autorización expresa para autocontratar) y; de otra parte, como comprador. La repetida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad.

Cuatro días antes de la fecha de la escritura de venta, el 9 de diciembre de 1991, la esposa de Don H. había revocado el poder ante notario alemán. Según consta en el expediente, la revocación llegó a la oficina de Correos de Arrecife el día 26 de diciembre de 1991, es decir, trece días después de la venta, y también tuvo acceso al Registro.

El registrador suspendió la inscripción de la escritura de compraventa por falta de representación al haber sido revocado el poder con anterioridad. Don H. recurrió argumentando que no tuvo conocimiento de ello hasta después de la venta e invocó en su favor que el art. 1738 Cc. considera que lo hecho por el mandatario ignorando la extinción del poder es válido y produce efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

DOCTRINA DE LA RESOLUCION:

La Dirección, en su resolución,

— niega que el apoderado autocontratante sea tercero («no hay cuestión con terceros, sino cuestión entre poderdante y Apoderado»)

— establece la presunción de que, cuando son cónyuges poderdante y apoderado, éste debe conocer inmediatamente la revocación de aquél («el deber de intercomunicación que éste (el Apoderado) asume...implica la posibilidad de conocer inmediatamente la decisión revocatoria de la mujer, esta posibilidad pasa a probabilidad e, incluso, a presunción cuando poderdante y Apoderado son entre sí cónyuges, pues la vida en común...hace presumir la constante comunicación conyugal, aunque físicamente no tengan el mismo domicilio»)

— siembra, sin distinciones, dudas sobre la validez del autocontrato («no debe omitirse que la regla general es desfavorable al autocontrato...y que, en este caso, el que tiene el poder para vender la finca...es el que libremente fija el precio por el que la compra para sí ...y el que confiesa por la vendedora que ésta ya lo ha recibido»)

— y, en definitiva, rechaza la inscripción de la compraventa por falta de consentimiento. Incidentalmente, parece reprochar al registrador que considere el defecto como subsanable, si bien aquél en su calificación se limita a seguir una muy tradicional práctica registral que estima subsanables las faltas que afectan a la representación.

COMENTARIO

Algunos de los temas suscitados en este recurso (autocontrato, momento de eficacia de la revocación, posible carácter de tercero del autocontratante) presentan un indudable interés y creo que merecen algún detenimiento en su examen.

1.— *El autocontrato*

Esta figura, una de las más interesantes de la teoría de la representación, carece de una regulación general en nuestro Código civil, a diferencia de lo que sucede en otros Códigos extranjeros como el alemán, el italiano o el portugués.

Su tratamiento doctrinal entre nosotros, sin embargo, no ha sido escaso, aunque no haya tenido la abundancia y la profundidad con que se ha producido en otros países de nuestro entorno jurídico.

Se inició con cierto auge al final de los años veinte, debido a las inquietudes de algunos registradores agrupados en la RCDI en torno a la figura de

Don Jerónimo GONZALEZ (1) y no vuelve a aparecer monográficamente hasta 1990 en un trabajo de María DIAZ DE ENTRESOTOS (2). Naturalmente, se han ocupado del autocontrato, con mayor o menor extensión, todos los autores que han tratado en forma genérica sobre la representación (3).

No es éste el momento de un análisis minucioso del fenómeno en nuestro Derecho, si bien podríamos coincidir con la Resolución aquí comentada en que no es el contrato consigo mismo una figura que goce de excesivas simpatías. Con el lógico relativismo que una afirmación tan genérica suscita, podríamos decir que la línea doctrinal y jurisprudencial clásica en nuestro país considera ineficaz el autocontrato en base a la aplicación analógica de algunas normas prohibitivas que contemplan supuestos en que se da una contraposición de intereses (4). Se admiten, no obstante, algunas excepciones, siendo la aceptada en forma más unánime aquélla en que el apoderado cuenta con autorización de su poderdante (5).

Bien se considere esta autorización como una modalización del poder de representación, bien como una facultad más concedida al apoderado, parece razonable que el consentimiento expreso del poderdante evite para el autocontrato una sanción que no tiene más finalidad que la protección de su interés.

Conviene tener en cuenta, en todo caso, que el consentimiento del poderdante no supone una patente de corso para cualquier actuación del representado. Una corriente doctrinal bastante extendida, que fundamenta la ineficacia del autocontrato en el abuso que implica del poder de representación (6) deduce —con coherencia, desde su punto de vista— que la autorización no evita en forma absoluta la posibilidad de abuso por parte del representante. A efectos prácticos, no es indiferente, sin embargo, que exista o no autorización del poderdante: sin ella, es el apoderado quien debe probar que no ha habido abuso; con ella, corresponde al poderdante demostrar la actuación abusiva de su representante (7).

(1) El primer estudio detallado es el de Don JERÓNIMO: «El problema de la autocontratación», RCDI, 1927, p. 272. Prácticamente simultáneo es el trabajo del Profesor DE CASTRO: «El autocontrato en el Derecho Privado Español», RGLJ, 1927, p. 334. Es lamentable que ambos artículos se desconocieran recíprocamente.

(2) DIAZ DE ENTRESOTOS, M.: «El autocontrato», Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

(3) Así, Díez PICAZO, L.: «La representación en el Derecho Privado», Ed Civitas, Madrid, 1979, pp. 199-213.

(4) Por todos, Díez PICAZO y GULLÓN: «Sistema de Derecho Civil», Vol II, Ed. Tecnos, 4.ª reimpresión de la 6.ª edición, Madrid, 1994, p. 42.

(5) Por todos, ALBALADEJO, M.: «Derecho Civil», I, vol. 2.º, Ed. Bosch, 11.ª ed., Barcelona, 1989, p. 393. En la jurisprudencia, puede citarse, entre otras muchas la STS 8 noviembre 1989: la autocontratación es «plenamente lícita si se cumple el requisito ineludible de la licencia o autorización del «dominus negotii». En el ámbito registral, también como ejemplo, RDGRN 1 febrero 1980: «los supuestos de autocontratación permitida tienen carácter excepcional...por lo que sólomente cuando no concurren esas circunstancias (contraposición de intereses) o el propio mandante lo autoriza, no hay obstáculo para admitir esta figura».

(6) En este sentido, DONISI, C.: «Il contratto con se stesso», Napoles-Camerino, 1992, 1.ª reimpresión, p. 180. Entre nosotros, sigue esta orientación DIAZ DE ENTRESOTOS, *loc. cit.*, p. 181.

(7) Esta es la conclusión práctica que, a mi entender, puede extraerse del pensamiento de DONISI, *loc. cit.*, pp. 273-296, en especial pp. 293-296.

En el caso que aquí estamos comentando existía autorización de la esposa-poderdante, por lo que, de la originaria desconfianza hacia el autocontrato, deberíamos llegar a una presunción de validez del acto. Y dejar que fuese, en todo caso, la representada quien demostrase ante los Tribunales el ejercicio ilícito de su representante.

2.— *La eficacia del acto realizado con poder revocado*

Es un lugar común en la doctrina la consideración de la revocación del poder como una declaración de voluntad recepticia (8), lo cual es igualmente admitido por la jurisprudencia (9). La persona a quien va dirigida la declaración es, lógicamente, el apoderado. No interesan en este lugar determinadas excepciones en que otra persona distinta del apoderado puede ser también destinatario de la voluntad revocatoria (Cfr. art. 1734 Cc.).

El apoderado puede tener conocimiento de la revocación por casualidad, o por su propia actividad, pero el supuesto más normal es que sepa tal circunstancia por la notificación que le hace el revocante. Y es en este punto donde se pueden apreciar algunas diferencias en relación al momento en que tiene lugar dicho conocimiento por el apoderado, que es el instante en que produce efecto la revocación.

La cuestión se plantea sistemáticamente en todos los casos en que deba tener lugar la «recepción» de la declaración de voluntad ajena, donde se suele reproducir el clásico esquema de la dialéctica recepción-cognición. Así, se puede citar, de un lado, la opinión de quienes entienden que no es necesario el efectivo conocimiento del mandatario, pues en ese caso se haría depender la eficacia de la revocación del capricho o de la diligencia de éste (10), y, de otro lado, a los que, como CÁMARA, de una interpretación combinada de los arts. 1262, 1735 y 1738 deducen que no basta que el apoderado haya recibido la declaración revocatoria, sino que es preciso que tenga efectivo conocimiento de la misma (11).

En el caso que estamos examinando, pese a que de los hechos narrados en el texto de la resolución aparece algún dato que pueda inducir a pensar lo contrario (la carta notificando la revocación llega a su destino trece días después de la escritura de venta), la Dirección da por supuesto que el esposo-apoderado conocía la revocación con anterioridad.

Tal presunción me parece que puede considerarse excesiva y, sobre todo, en mi opinión, sale fuera del ámbito de la calificación registral y del recurso gubernativo. Quizás por ello adolezcan de cierta endeblez los argumentos con que se intenta defender, situados más bien en unas aparentes «reglas del criterio humano» que en el razonamiento jurídico: queda sin precisar el pretendido deber de intercomunicación del apoderado (¿tendría éste que preguntar todos

(8) DÍEZ PICAZO, «La representación...», *cit.*, p. 213.

(9) STS 10 julio 1946: «la extinción del mandato por causa de revocación...requiere, por su carácter de declaración de voluntad unilateral y recepticia, que ésta llegue a conocimiento del mandatario para que produzca con respecto a éste sus naturales efectos».

(10) LEÓN ALONSO, I. R.: «Comentarios al Código civil (Dir. Albaladejo)», Tomo XXI, vol. 2.º, Edersa, 1986, p. 513.

(11) CÁMARA, M. de la «La revocación del mandato y del poder», AAMN, vol. IV, 1948, p. 646, nota 144.

los días a su poderdante si continúa vigente el poder?), acentúa la probabilidad de conocimiento por el hecho de que apoderado y poderdante sean marido y mujer (pese a que, al parecer, viven en diferentes domicilios) y niega la presunción de ignorancia del apoderado, cuando la doctrina más autorizada entiende que es el poderdante quien debe probar que la comunicación ha sido hecha (12).

En este sentido, me parece más acertada la calificación del registrador que prudentemente suspende la inscripción y remite al ámbito de los Tribunales la apreciación de una serie de circunstancias valorativas que encuentran en dicho campo judicial un terreno más idóneo que en el estrecho margen de la calificación y del recurso gubernativo.

Con todo, el punto teóricamente más interesante que suscita el supuesto es abordado en forma muy superficial en los fundamentos de Derecho. Consiste en determinar si el que, en virtud de la autorización del poderdante, contrata consigo mismo desconociendo la revocación puede invocar la protección que para el tercero de buena fé proclama el art. 1738 Cc..

3.— *El autocontratante como tercero*

Como es bien conocido, este precepto últimamente citado establece la llamada «ultractividad» del poder, más allá de su revocación, con objeto de proteger los intereses de terceros que de buena fé han contratado con el apoderado, confiando en la apariencia producida por el poder.

¿Puede invocar el autocontratante, que desconocía la revocación, la consideración de tercero?. El Centro Directivo se pronuncia por la negativa con un juicio tan rotundo como breve: «En el presente caso no hay cuestión con terceros, sino cuestión entre poderdante y Apoderado». Así se podría pensar probablemente por cualquiera que abordase la cuestión sin demasiado detenimiento, ya que efectivamente vendedor-apoderado y comprador son la misma persona; luego, el comprador, que es el propio mandatario, no puede ser tercero.

No obstante, el tema es merecedor de un análisis algo más profundo. Lo primero que cabe plantearse es si esa inmediata impresión no se dejará llevar por un prejuicio muy extendido en contra de la bilateralidad del autocontrato. Dicho prejuicio puede deberse, en mi opinión, al arraigo que durante mucho tiempo ha tenido en la doctrina europea la teoría del contrato consigo mismo como acto unilateral (13).

(12) Díez PÍCAZO, «La representación...», *cit.*, p. 300.

(13) La tesis del acto unilateral, que tiene su origen en RUMELIN, fue acogida entre nosotros por DE CASTRO, en su citado trabajo de 1927. También parece adherirse a ella, dentro de las crecientes reticencias que la figura del autocontrato le suscita, Díez PÍCAZO («Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. I, Ed. Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 193). Se pronuncia igualmente en este sentido la STS 21 febrero 1968, que constituye una excepción en la larga serie de decisiones jurisprudenciales sobre el contrato consigo mismo, las cuales, en general, muestran poco interés por la construcción estructural del fenómeno.

Frente a esta postura cabe objetar, como hace DONISI, que para apreciar la bilateralidad de una relación jurídica no hay que acudir a la comprobación de la existencia de dos voluntades o de dos declaraciones; lo decisivo es que mediante la misma se produzca una regulación de intereses referidos a dos partes (14).

Admitido que el contrato consigo mismo tiene carácter bilateral, puesto que regula los intereses de dos partes, nada impide, a mi juicio, que el autocontratante, en la medida que es un comprador, cuyo interés es extraño a la relación de mandato, pueda invocar la protección del art. 1738 Cc..

Otra cosa bien distinta sería que, si conociese como apoderado la revocación, intentase defender una situación subjetiva diferente como comprador. En este punto parece inescindible entre ambas posiciones un aspecto personal y subjetivo, como es la buena fé, que debe afectar de un modo único toda la actuación del que contrata consigo mismo.

Fuera ya del caso concreto aquí examinado, en el terreno meramente especulativo y teórico, me parece aún más clara la posible defensa de la consideración del autocontratante como tercero a los efectos previstos en el art. 34 LH. Siguiendo la opinión más habitual en este punto que estima como tercero al causahabiente del titular registral por vía oneros (15), no se ven inconvenientes en admitir esa situación para el comprador que adquiere de su poderdante con la autorización de éste.

4.— *Conclusión*

Creo que puede sostenerse como conclusión que, si admitimos el autocontrato, con los requisitos necesarios, y su carácter bilateral, no parece lógico hacer de peor condición al autocontratante que a cualquier otro contratante. Por tanto, dándose el presupuesto de la buena fe, debe poder aquél ampararse en la ultractividad del poder recogida en el art. 1738 C.c.

En el caso contemplado, eludiendo el planteamiento de fondo del problema, la D.G. parece basar su decisión en un presunta mala fe del actuante, pero éste es un elemento de controversia cuya contemplación probablemente exceda del marco del recurso gubernativo.

(14) DONISI, *loc. cit.*, pp. 60-62.

(15) *Cfr.* Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

1.1. *Inscripción de nacimiento dentro de plazo y de filiación no matrimonial respecto de madre casada: trámites exigidos; presunción legal de paternidad del marido de la madre.*

Res. DGRN de 19 de enero de 1995

HECHOS:

Con fecha 6 de junio de 1994, D.^a M. L. J. P., casada con Don R. P. B., solicitó ante la Juez Encargada del Registro Civil de su domicilio la inscripción de nacimiento y filiación no matrimonial de sus dos hijas, nacidas ambas el día 17 de mayo de 1994, manifestando no haber convivido con su esposo durante los dos años anteriores al parto y que las menores son hijas de Don M. A. M. L. Este último, en la misma comparecencia, declaró querer reconocer como hijas suyas a las referidas menores. El esposo de la madre no tomó parte en las actuaciones.

La Juez Encargada dictó auto acordando la inscripción del nacimiento de las menores como hijas de los promotores.

El Ministerio Fiscal recurrió dicho auto ante la DGRN, argumentando: infracción de las normas reguladoras de los expedientes registrales; falta de prueba del matrimonio de la promotora; no haberse desvirtuado la presunción de paternidad del marido y falta de notificación al Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 69, 113, 116, 120 y 124 del Código Civil; 166, 183 y 185 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981 y las Resoluciones de 1 de febrero de 1993 y 26 de mayo y 10 de junio de 1994.

II.— Carecen de fundamento las alegaciones del Ministerio Fiscal al denunciar infracción de las normas previstas para la tramitación de expedientes registrales, puesto que no existe, en rigor, tal expediente cuando en virtud de la titulación ordinaria se promueve dentro de plazo la inscripción de un nacimiento con constancia de la filiación no matrimonial respecto de madre casada. En estos casos, sólo se requiere la calificación de una declaración de nacimiento y la comprobación de la exactitud de ésta (*cf.* art. 28 LRC).

La necesidad de esta comprobación (*cf.* art. 185 RRC) se funda en la presunción legal de convivencia entre los cónyuges (art. 69 CC), de modo que, para poder inscribir la filiación no matrimonial de madre casada y, en su caso, de progenitor distinto del marido, ha de llegarse a la convicción de que no rige la presunción legal de la paternidad del marido de la madre por haber acaecido el nacimiento pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho del matrimonio (*cf.* art. 116 CC).

III.— Sin embargo, hay dos motivos del recurso que deben ser acogidos: el relativo a la falta de prueba del matrimonio y el que se refiere al hecho de que no se ha desvirtuado la presunción legal de la paternidad del marido de la madre. En el primer aspecto, es evidente que, si en las diligencias de la calificación hay que dar audiencia a los cónyuges, habrá que justificar la existencia del matrimonio; en el segundo aspecto, no hay prueba alguna de que el nacimiento haya acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.

La Dirección General acuerda estimar el recurso y ordenar que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de esta resolución, se acredite el matrimonio de la madre así como la fecha en que cesó la convivencia entre los cónyuges.

1.2. Inscripción de filiación matrimonial cuando no ha llegado a desvirtuarse la presunción de paternidad del marido de la madre. No se exige comprobar además la posesión de estado de tal filiación. Convivencia de los cónyuges en el mismo domicilio: el art. 87 CC no es aplicable por analogía en el ámbito registral. Res. DGRN de 22 de junio de 1995

HECHOS:

Con fecha 1 de diciembre de 1994, por el Jefe del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de C. y L., se solicitó la inscripción del nacimiento de J. A. M. R., nacido el 8 de julio de 1994, hijo de D.^a M. B. M. R. y de padre desconocido. Aunque la madre está casada con Don G. A. C., ambos niegan la paternidad de este último, y aquélla se niega a facilitar la identidad del padre.

Con fecha 28 de julio de 1994, fue decretada la separación judicial de los cónyuges, pero hasta esa fecha, han compartido el mismo domicilio.

Desde agosto de 1994, el menor no ha recibido cuidados por parte de su madre, lo que propició la asunción de la tutela por el Servicio Territorial citado.

El Juez Encargado dictó auto acordando la inscripción fuera de plazo del nacimiento del menor como hijo de D.^a M. B. M. R. y su esposo, Don G. A. C. Este último interpuso recurso contra dicho auto ante la DGRN. Por su parte, D.^a M. B. M. R. dedujo escrito en el que manifestaba que el verdadero padre del menor es Don V-D. G. F., quien en prueba de conformidad suscribe el mencionado escrito y solicita que el hijo sea inscrito en base a lo manifestado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 69, 87, 113, 115, 116, 1250 y 1251 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981; la STS de 28 de diciembre de 1993; y las Resolucio-

nes de 13 de mayo y 25 de noviembre de 1987, 3 de febrero, 13 de abril, 10 de mayo, 9 de junio y 17 de octubre de 1988, 10 de marzo, 13 y 14 de noviembre de 1989, 16 de marzo, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 27 de agosto de 1991, 26 de junio de 1992, 11 de mayo, 17 de junio y 18 (3.ª) de septiembre de 1993, 26 de mayo y 22 de noviembre de 1994.

II.— En el presente caso, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (*cf.* art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido (art. 116 CC), mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (*cf.* arts. 1250 y 1251 CC), la cual viene reforzada por la presunción de convivencia entre los cónyuges que establece el art. 69 CC. Por otra parte, si se solicita la inscripción de la filiación del hijo de madre casada, implícitamente se está solicitando la inscripción de la filiación matrimonial (*cf.* arts. 113-1 CC y 2 LRC).

A estos efectos no ha de importar que el marido de la madre y esta misma nieguen la paternidad, lo cual podrá tener cabida en vía judicial, pero no en el ámbito registral, en el cual sólo es posible inscribir la filiación no matrimonial de hijo de madre casada cuando se comprueba que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la disolución del matrimonio o desde la separación legal o de hecho de los cónyuges (*cf.* art. 116 CC). A diferencia de lo que puede ocurrir respecto de la separación legal y del divorcio (*cf.* STS 28-12-1993), no puede aplicarse por analogía en este ámbito registral la previsión del art. 87 CC, que permite en ciertos casos entender que ha habido cese efectivo de la convivencia conyugal pese a vivir los cónyuges en el mismo domicilio. Esta norma excepcional ha de estimarse limitada a su ámbito propio y no puede extenderse a la determinación de la filiación, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio de los cónyuges decidir el carácter de la filiación (*cf.* R. 26 mayo 1994). Si los cónyuges viven bajo el mismo techo, los hijos se presumen legalmente matrimoniales, a salvo el ejercicio por vía judicial de la correspondiente acción de impugnación de aquella filiación.

III.— Ha de advertirse finalmente que, como viene señalando la doctrina de Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del art. 314 RRC por R. D. 1917/1986. La razón estriba en que, conforme al art. 113 CC y en las condiciones que precisa este precepto, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida. No tiene sentido tampoco guardar silencio en el asiento sobre los datos del marido de la madre, porque la filiación matrimonial es indivisible y, acreditada la identidad de la madre casada y el matrimonio de ésta, aquella filiación ya está determinada legalmente (*cf.* art. 115-1 CC).

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

1.3. Inscripción de nacimiento fuera de plazo. El reconocimiento voluntario de la filiación paterna, si cumple los requisitos legales exigidos, no necesita de aprobación judicial. El consentimiento de la madre al reconocimiento de la paternidad es irrevocable.

Res. de la DGRN de 1 de junio de 1995

HECHOS:

El día 17 de octubre de 1994, Don I. C. R. y D.ª J. H. P., ambos solteros, ante la Juez Encargada del Registro Civil de su domicilio reconocieron como hijo matrimonial de ambos al menor A. C. H., nacido el 21 de marzo de 1991, cuyo nacimiento no había sido aún inscrito en ningún Registro Civil. Los promotores aportaron certificado acreditativo del parto, e instaron la inscripción del nacimiento del menor.

En posterior comparecencia, la promotora declaró ante la Juez Encargada haber admitido como padre de su hijo a Don I. C. R. presionada por éste, significando que no lo es en realidad por lo que no lo reconocía como tal.

La Juez Encargada acordó la inscripción del nacimiento del menor como hijo no matrimonial de la promotora, sin mención a la filiación paterna.

Ambos promotores interpusieron sendos recursos ante la DGRN frente a dicho auto. D.^a J. H. P. sosteniendo, en contra de lo anteriormente manifestado, que reconoce a Don I. C. R. como padre de su hijo y rogando que se admita su paternidad. Don I. C. R. solicita que la inscripción recoja su paternidad no matrimonial respecto del menor inscrito.

El Ministerio Fiscal instó la desestimación de los recursos considerando que, ante la conducta contradictoria de la recurrente, la cuestión debía resolverse ante la jurisdicción ordinaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 113, 120, 124 y 741 del Código Civil; 2, 49 y 95 de la Ley del registro civil; 186 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 27 de enero de 1970, 11 de noviembre de 1987, 21 y 22 de julio de 1988, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero y 18 de abril de 1990, 28 de noviembre de 1991, 4 de junio de 1992, 6 de febrero, 18 (9.^a) de septiembre y 28 de octubre de 1993, 14 (1.^a) de marzo, 7 de junio y 22 de diciembre de 1994 y 17 de abril de 1995.

II.— El reconocimiento de la paternidad no matrimonial otorgado en el presente caso es eficaz e inscribible (*cf.* arts. 120-1 y 124-1 CC; 49 LCR y 186 RRC), por lo que, de acuerdo con la doctrina reiterada de la DGRN a partir de las Resoluciones de 21 y 22 de julio de 1988, no es necesario que concorra la aprobación judicial de los reconocimientos porque, si la filiación correspondiente está ya probada, como aquí ocurre, por la posesión de estado (*cf.* art. 113 CC) y se ha solicitado la inscripción omitida de la filiación (*cf.* art. 2 LRC), esta prueba de la filiación, aunque no sea suficiente para su determinación legal, sí ha de bastar para que puedan ser ejercitados todos los derechos y deberes dimanantes de la relación paterno o materno-filial acreditada, entre los cuales se halla la representación legal del menor y la prestación del consentimiento en el ámbito a que se refiere el art. 124-1 CC.

III.— Las contradicciones de la madre carecen de relevancia porque, una vez prestado el consentimiento al reconocimiento del promotor, no puede aquélla retractarse de su declaración yendo contra sus propios actos. Las mismas razones que inducen a configurar el reconocimiento como un acto irrevocable (*cf.* sobre todo art. 741 CC) juegan para el consentimiento complementario del reconocimiento y que dota a éste de plena eficacia. Por tanto, el reconocimiento de la paternidad ha quedado perfeccionado y es inscribible, y las eventuales alegaciones posteriores de la madre que, además, ha vuelto a desdecir, no corresponden al ámbito registral.

La Dirección General acuerda estimar los recursos y ordenar que se inscriba la filiación paterna del menor reconocido.

1.4. Inscripción de nacimiento sin intervención de la madre: determinación de la filiación materna. Competencia para extender dentro de plazo la inscripción de nacimiento de hijos no matrimoniales. Inscripción de filiación paterna no matrimonial; oposición de la madre: suspensión de la inscripción.

Res. de la DGRN de 21 de junio de 1995

HECHOS:

Los días 1 y 3 de febrero de 1995, ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, Don J. P. R. L. reconoció como hijo extramatrimonial suyo a K. I. M.,

alumbrado por D.^a M. E. I. M. el 27 de enero de 1995. El nacimiento del menor fue inscrito, por el Juez de Paz del lugar donde aquél nació, en virtud de declaración de su abuela materna.

Notificada D.^a M. E. I. M., alegó mediante escrito no poder comparecer personalmente por causa de enfermedad.

El Ministerio Fiscal informó que la inscripción de nacimiento del menor era nula dada la incompetencia del Juez de Paz para su práctica al tratarse de hijo no matrimonial.

El Juez Encargado dictó auto por el que declaraba la cancelación de la inscripción de nacimiento del menor y la práctica de otra en la que constase como padre del inscrito Don J. P. R. L., imponiendo al menor los apellidos correspondientes a la filiación paterna.

D.^a M. E. I. M. interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 120 y 124 del Código Civil; 11, 17, 42, 47, 49 y 95 de la Ley del Registro Civil; 46, 47, 58, 163, 164, 166, 182, 188, 297, 306 y 307 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 30 de noviembre de 1989; y las Resoluciones de 18 de agosto de 1982 y 26 de noviembre de 1991.

II.— Antes de abordar la cuestión de fondo en que se centra el presente recurso, conviene aludir a dos problemas de carácter formal que concurren en este caso.

En primer lugar, la inscripción de nacimiento se practicó por declaración de la abuela materna y sin intervención de la madre. En tales casos la filiación materna no matrimonial queda determinada legalmente (art. 120-4 CC), al coincidir en ella la declaración y el parte médico del alumbramiento (*cf.* art. 47-1 LRC). Ahora bien, el Encargado del Registro debe notificar el asiento a la madre o a sus herederos (arts. 47-2 LRC y 182 RRC). Aunque este trámite se ha incumplido, dado que después se ha notificado a la madre el reconocimiento de la paternidad y que ésta ha demostrado asumir la maternidad, parece evidente que no podrá ya desconocer la maternidad por la vía registral (*cf.* arts. 47-3 LRC y 182-2 RRC), de modo que ese defecto de tramitación ha quedado subsanado prácticamente.

En segundo lugar, la inscripción de nacimiento de un hijo extramatrimonial fue extendida por el Juez de Paz contra lo dispuesto en el art. 46 RRC, que sólo le faculta para extender dentro de plazo las inscripciones de nacimiento de hijos matrimoniales. Sin embargo, el propio precepto excepciona dicha regla en determinados supuestos, de donde se deduce que la inscripción no es por este solo concepto nula, y menos aún en supuestos en los que cabe cancelarla por expediente gubernativo (art. 95-2 LRC). Para la validez de los asientos no puede importar el grado en que el Juez de Paz, o el Encargado del Registro, han cumplido con su deber de solicitar, o impartir, las instrucciones necesarias para el desempeño del Registro, lo cual será objeto especial de la inspección ordinaria (art. 58 RRC).

Se ha extralimitado, pues, el Juez Encargado al ordenar la cancelación de la primera inscripción de nacimiento y la extensión de una nueva.

III.— El fondo del asunto se refiere a las condiciones y eficacia de un reconocimiento de la paternidad no matrimonial otorgado ante el Encargado del Registro Civil dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento en virtud de declaración.

Según los arts. 124-2 CC y 188 RRC (redactado por RD 1917/1986), tales reconocimientos son directamente inscribibles, sin necesidad de expediente y sin que haya que contar con el consentimiento del representante legal del menor ni la aprobación judicial previstos en el art. 124-1 CC. Ahora bien, una vez inscrita la paternidad, la misma puede ser suspendida a petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento, a cuyos efectos el art. 188-2 RRC ordena que el reconocimiento inscrito sea notificado a la madre (art. 182-1 y 3 RRC).

IV.— Habiendo sido notificada la madre y habiendo manifestado su oposición a la inscripción de la paternidad, ha de entenderse que desea la suspensión de tal inscrip-

ción. Una vez suspendida ésta, el padre tiene derecho (art. 124 CC «in fine») a solicitar la confirmación de la inscripción, para lo cual es precisa aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, en expediente de jurisdicción voluntaria.

La Dirección General acuerda ordenar: 1.º) que se cancele la segunda inscripción de nacimiento y la convalidación de la primera, inscribiéndose marginalmente en ella la suspensión de la inscripción de paternidad; 2.º) que se haga saber al que figura como padre su derecho a solicitar, en expediente de jurisdicción voluntaria, la aprobación judicial para confirmar la inscripción de paternidad; y 3.º) dejar a salvo la vía judicial ordinaria para el ejercicio de las acciones de filiación que procedan.

1.5. Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Anotación de adopción constituida en el extranjero que no se ajusta a la figura de la adopción regulada en el Ordenamiento Jurídico español. Posibilidad de constituir nueva adopción en España previo acogimiento del menor por el adoptante durante más de un año.

1.5.-1) Adopción constituida en la República del Paraguay.

Res. DGRN de 1 de septiembre de 1995 (1.ª)

HECHOS:

Con fecha 3 de enero de 1995, D.ª I. U. E. solicitó del Registro Civil Central la inscripción del nacimiento de I. P. de S. U., de nacionalidad paraguaya y nacido en dicho país el día 4 de marzo de 1993, hijo de la promotora y de su esposo, Don J. P. de S., por adopción simple decretada por sentencia firme de la autoridad judicial paraguaya de 12 de diciembre de 1994.

El Juez Encargado dictó auto denegando la inscripción por considerar que la adopción simple regulada en la legislación paraguaya es una figura absolutamente distinta de la regulada por nuestro Derecho y por ende no puede ser encuadrada en el art. 1 LRC.

La promotora interpuso recurso, ante la DGRN, frente al citado auto, y solicitó subsidiariamente la anotación de la referida adopción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 108, 172 y ss. CC; 1, 15, 38 y 46 LRC; 66, 68, 81, 145 y 154 RRC; el Convenio de la La Haya, sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de Mayo de 1993 (BOE de 1 de agosto de 1995), y las Resoluciones de 22 de junio de 1991 y 1 de abril, 14 de mayo y 3 de septiembre de 1992.

II.— De acuerdo con la legislación paraguaya, la adopción simple no crea vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante; no extingue los derechos y deberes del parentesco de sangre, salvo la patria potestad; y puede revocarse por la sola voluntad del adoptado al llegar a la mayoría de edad.

Por el contrario, la única adopción regulada por el Código Civil español supone la integración total en la familia adoptiva del adoptado, quien queda equiparado a un hijo por naturaleza (art. 108 CC); produce, como regla, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 CC); y es, como regla, irrevocable (art. 180 CC).

En consecuencia, hay que calificar la adopción paraguaya a la vista de la ley española (art. 12-1 CC) como una institución radicalmente distinta a la adopción española que no puede surtir los efectos de ésta, ni puede incluirse en la lista de actos inscribi-

bles que detalla el art. 1 LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción simple.

III.— Por otra parte, no hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún compromiso internacional asumido por España, que obligue a nuestro país en el sentido de convertir automáticamente la adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. Esta transformación requerirá, bien que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, bien que se constituya la adopción española ante Juez español (art. 176-1 CC). A este Juez le corresponderá decidir si puede prescindirse de la propuesta de la entidad pública en este caso cuando lleve el adoptando más de un año acogido legalmente por el adoptante (*cf.* art. 176-2-3.ª CC).

IV.— Debe aceptarse, sin embargo, la petición subsidiaria contenida en el recurso dirigido a que se anote tal adopción simple. Dado que la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento (*cf.* art. 154-3 RRC) que, si se ha constituido en el extranjero, es anotable por medio del documento público extranjero (*cf.* art. 81 RRC). La anotación, con su limitación de efectos (*cf.* arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento, haciéndose constar expresamente que no está acreditada conforme a Ley la nacionalidad española del nacido (*cf.* art. 66 «fine» RRC).

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y ordenar que se extienda la anotación de la adopción simple conforme a lo indicado en el último fundamento jurídico.

1.5.-2) Adopciones constituidas en la República de El Salvador. Res. DGRN de 1 de septiembre (2.ª) y 25 de octubre de 1995.

(NOTA: Las dos Resoluciones contienen idénticos fundamentos jurídicos y acuerdos, puesto que contemplan hechos análogos)

HECHOS:

En agosto de 1994, se constituyeron en la República de El Salvador y conforme con sus leyes, sendas adopciones de dos menores, nacionales de dicho país. Los respectivos adoptantes, todos españoles, solicitaron después del Registro Civil Central las correspondientes inscripciones de nacimiento y adopción.

En ambos casos, el Encargado del Registro Civil Central denegó las inscripciones instadas al considerar que la adopción contemplada por la legislación de la República de El Salvador no es equiparable a la adopción regulada por nuestro Ordenamiento Jurídico y por ende no puede ser encuadrada en el art. 1 LRC.

Los promotores recurrieron los acuerdos ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 108 y 172 y ss. del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de La Haya, sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 (BOE de 1 agosto 1995); y las Resoluciones de 22 de junio de 1991 y 1 de abril, 4 de mayo y 3 de septiembre de 1992.

II.— De acuerdo con la legislación salvadoreña vigente al tiempo de constituirse la adopción que pretende inscribirse, el hijo adoptivo continúa formando parte de su familia consanguínea y conserva en ella todos sus derechos y obligaciones, y la adopción termina, entre otras causas, por voluntad del hijo adoptivo así como por mutuo consenso entre adoptante y adoptado cuando concurren determinados requisitos legales. Por todo ello, y a la

vista de la única adopción regulada por el Código Civil español, tal y como se configura en los arts. 108, 178 y 180 CC, hay que calificar la adopción salvadoreña como una institución radicalmente distinta a la adopción española; que no puede surtir los efectos de ésta; y que no puede incluirse en la lista de actos inscribibles del art. 1 LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción.

III.— Tampoco hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún compromiso internacional asumido por España, que obligue a nuestro país a convertir automáticamente la adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. Esa transformación requerirá, bien que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, bien que se constituya la adopción española ante Juez español (art. 176-1 CC). A este Juez le corresponderá decidir si puede prescindirse de la propuesta de la entidad pública en este caso cuando lleve la adoptanda más de un año acogida legalmente por el adoptante (*cf.* art. 176-2-3.ª CC).

IV.— No puede acogerse el único argumento esgrimido en los presentes recursos en el que se alega que la legislación salvadoreña sobre la materia ha sido derogada por el nuevo Código de Familia, que entró en vigor el 1 de octubre de 1994. Aparte de tratarse de una cuestión nueva, lo cierto es que la adopción discutida se constituyó bajo la vigencia de la anterior Ley salvadoreña y no se ha acreditado en modo alguno que la nueva Ley suponga la conversión automática de las adopciones anteriores en la nueva adopción, dotada ésta, al parecer, de plenos efectos.

V.— En todo caso, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, podrá ser objeto de anotación en el Registro Civil español en los términos señalados en el Fundamento de Derecho IV de la Resolución primera de 1 de septiembre de 1995 (*vid. supra*).

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

1.6. Inscripción de filiación materna y paterna fuera de plazo. Determinación legal de la filiación materna no matrimonial. Reconocimiento testamentario de la filiación. Rectificación de apellidos. **Res. DGRN de 11 de septiembre de 1995**

HECHOS:

El día 28 de noviembre de 1994, Don J.-M. L. D. solicitó ante el Registro Civil de su domicilio que fuese reconocida su filiación materna y paterna, así como la rectificación de su apellido materno, ahora erróneamente inscrito «P», y sustituirlo por el correcto «D».

En la inscripción registral del nacimiento del promotor consta que su nombre y apellidos son J.-M. P. F., nacido el 24 de noviembre de 1930, y que es hijo natural de D.ª E. P. F., hija de Don J. D. G. La inscripción del nacimiento del promotor fue practicada, sin intervención de la madre, en virtud de declaración del abuelo paterno.

El interesado manifestó que sus progenitores son Don M. L. G. y D.ª E. D. F., quienes, según consta en la correspondiente inscripción registral, contrajeron matrimonio el 27 de noviembre de 1930. Asimismo aportó certificado de inscripción de la defunción de su madre, D.ª E. D. F., acaecida el 13 de diciembre de 1978 y copia del testamento de esta última, otorgado ante Notario el 3 de junio de 1965, en el que se hace constar que la testadora también es conocida como E. P. F.

En dicho testamento, D.ª E. D. F. declara tener de su matrimonio con Don M. L. G. dos hijos, D.ª A. y Don J.-M. L. D. o P., a quienes instituye herederos universales.

Por otra parte, con fecha 16 de noviembre de 1994, Don M. L. G., mediante escritura pública ante Notario, reconoció como hijo suyo al promotor, quien consintió dicho reconocimiento.

El Juez Encargado dictó auto denegando la inscripción de la filiación materna por entender que ya está proclamada en la inscripción del nacimiento del promotor. En cuanto a la filiación paterna, acuerda su inscripción marginal en la del nacimiento del promotor con referencia al matrimonio de los padres. Por último, deniega la rectificación del apellido porque, de la confrontación entre inscripciones, no quedaba claro el error denunciado.

El promotor recurrió dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 131 del Código Civil en su redacción primitiva; 113, 119, 120, 123, 124, 1216 y 1218 del Código Civil; 2, 24, 26, 41, 44, 47, 49 y 93 de la Ley del Registro Civil; 12, 94, 155 y 188 del Reglamento del Registro Civil; y la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

II.— Respecto de la filiación paterna, el auto apelado ha accedido a la petición del promotor, ya que, por una parte, ordena la inscripción del reconocimiento de la paternidad no matrimonial formalizado en escritura pública, con consentimiento del mayor de edad reconocido (*cf.* arts. 120 y 123 CC). Y, además, ha ordenado la referencia por nota marginal (*cf.* art. 155 RRC) a la inscripción del matrimonio posterior de los padres, con lo que la filiación no matrimonial deviene automáticamente matrimonial (*cf.* art. 119 CC).

III.— Sin embargo, en cuanto a la filiación materna, el auto apelado estima que, como ya está mencionada la madre en la inscripción de nacimiento del hijo, es inútil hacer constar ahora tal filiación. Pese a ello, el recurrente alega que tal mención es irregular, de modo que no está probada suficientemente la filiación materna, por lo que dicha filiación debe ser objeto de una inscripción específica.

Es necesario dar la razón en este punto al promotor, porque la maternidad que consta en su inscripción de nacimiento fue practicada, en el año 1930, sin intervención de la madre y en virtud de la sola declaración de un tercero, por lo que la filiación materna no quedó legalmente determinada. En efecto, en la redacción entonces vigente del Código Civil, la filiación no matrimonial materna (filiación natural) quedaba determinada, aparte de por resolución judicial, por el reconocimiento voluntario de la maternidad, el cual era -y sigue siendo- un acto personalísimo que ha de emanar de la autora del reconocimiento. Precisamente la Ley del Registro Civil de 1957 se enfrentó a este problema y, por ello, aparte de permitir la inscripción de la maternidad (y de la paternidad) por medio de expediente registral (art. 49-2 y 3 LRC), admitió la inscripción de la filiación materna cuando en ella coincidieran la declaración y el parte médico o comprobación reglamentaria (*cf.* art. 47-1 LRC), estableciéndose también, cuando no constara el reconocimiento de la filiación por la madre, un sistema de notificación a ésta o a sus herederos y el posible desconocimiento por la que figura como madre de la filiación no matrimonial a ella atribuida (*cf.* art. 47-2 y 3 LRC). Esta forma de determinación de la filiación materna no matrimonial, recogida en 1981 por el art. 120-4 Código Civil, hizo necesario que, a diferencia de la Ley de 1870, se exigiera para la inscripción de nacimiento dentro de plazo una comprobación del parto (*cf.* art. 44 LRC).

IV.— Por consiguiente, en el presente caso, la mención a la filiación materna que aparece en la inscripción de nacimiento del promotor no implica que dicha filiación esté determinada legalmente, y sobre esa mención no extiende el Registro Civil su fuerza probatoria y legitimadora (*cf.* arts. 2 y 41 LRC).

Ahora bien, para lograr dicha determinación, existe el reconocimiento de la filiación materna efectuado en el testamento (*cf.* art. 120-1 CC) por la madre del promotor. A tales efectos, basta que en el testamento se declare, como aquí ocurre, que cierta persona, a la que se identifica, es hijo de la testadora, asimismo se menciona a esa persona como tal hijo y se le instituye heredero.

Sería un rigorismo formal exagerado exigir para la eficacia del reconocimiento que se emplee como fórmula sacramental esta expresión, o que exista una cláusula separada e independiente destinada exclusivamente a la declaración de la filiación. Lo fundamental para que quede determinada legalmente la filiación no matrimonial es que se cumpla la forma solemne exigida y que en el mismo documento aparezca clara e inequívocamente la manifestación de que determinada persona es hijo del declarante. Cualquiera que sea la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial, es excesivo exigir, para la eficacia del reconocimiento, una declaración de voluntad dirigida de modo exclusivo y directo a la constitución del vínculo jurídico entre el progenitor y el hijo. Por lo demás, en un testamento otorgado en favor del hijo, es inescindible la voluntad del testador de plasmar su última voluntad y de favorecer al hijo, de modo que uno y otro aspecto, como hechos que motivan el otorgamiento, quedan cubiertos por la especial fe, aun contra tercero, de que goza el documento público notarial (*cf.* art. 1218 CC).

V.— Debiendo, pues, inscribirse la filiación materna, la última cuestión que queda por resolver, es la relativa al primer apellido de la madre. Teniendo en cuenta que ésta aparece designada, en su propia inscripción de nacimiento, con el primer apellido «D.», éste es el que ha de figurar como segundo apellido en la inscripción de nacimiento del hijo. Aunque la inscripción de nacimiento no dé fe de los apellidos (*cf.* art. 41 LRC), es evidente que, por la fuerza probatoria y legitimadora de toda inscripción, si una persona figura con determinandos apellidos en el acta de nacimiento, los mismos han de trascender a las actas de nacimiento de los hijos. Hay, pues, una mención de identidad (*cf.* art. 12 RRC) errónea en la inscripción de nacimiento debatida, la cual puede y debe ser corregida en este expediente (*cf.* art. 93-1 LRC), por exigencias del principio de concordancia entre el Registro Civil y la realidad, sin que importe que no sea ésa exactamente la petición del particular.

La Dirección General **acuerda**, con estimación parcial del recurso, ordenar: 1.º) que se rectifique la inscripción de nacimiento para hacer constar que el apellido materno es «D» y no «P»; 2.º) que se inscriba marginalmente el reconocimiento de la filiación paterna por virtud de la escritura pública otorgada el 16-11-1994; 3.º) que se inscriba marginalmente el reconocimiento de la filiación materna por virtud del testamento otorgado el 3-6-1965; 4.º) que se haga constar el orden de apellidos resultante de esta filiación; y, 5.º) que se extienda nota marginal de referencia a la inscripción del matrimonio posterior de los progenitores.

2. EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

2.1. Deficiencias psíquicas que incapacitan al contrayente para prestar consentimiento matrimonial válido. Defectos en la tramitación del expediente.

Res. de la DGRN de 20 de enero de 1995 (2.ª)

HECHOS:

Con fecha 19 de abril de 1994, Don J. J. M. A., español, mayor de edad y soltero, presentó un escrito en el Registro Civil de su domicilio por el que promovía expediente de autorización previa para contraer matrimonio en España con D.ª T. F., marroquí, mayor de edad y domiciliada en Marruecos.

El día 2 de mayo de 1994, en comparecencia ante el Juez de Paz de su domicilio, el promotor expresó su voluntad de que las actuaciones no fueran continuadas, lo que motivó el archivo de las mismas. Quince días más tarde, el promotor compareció ante la Juez Encargada del Registro Civil y manifestó su voluntad de que las actuaciones fueran proseguidas.

Por acuerdo de la Juez Encargada, la Médico Forense dictaminó que el promotor presentaba un déficit cultural muy importante, incluso en ámbitos elementales; que su edad mental estaba comprendida entre los 6 y los 8 años; y que, si bien podía tener conocimiento de los actos que realiza, no lo tenía de sus consecuencias.

La Juez Encargada dictó auto disponiendo no haber lugar a la aprobación del expediente. Frente a dicho auto, el promotor interpuso recurso ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 45, 46, 48, 55, 56, 57 y 73 del Código Civil; 240, 241, 242, 245, 246 y 252 del Reglamento del Registro Civil; las Resoluciones de 1 de diciembre de 1987, 16 de mayo de 1992, 27 de julio y 17 de diciembre de 1993 y 24 de marzo de 1994 y la Instrucción de 9 de enero de 1995.

II.— Antes de entrar en la cuestión de fondo, la presente Resolución señala ciertos defectos existentes en la tramitación del expediente.

En primer lugar, dicho expediente fue iniciado en virtud de un escrito en el que apenas se recogían los datos y documentos que previenen los arts. 240 y 241 RRC. Cierto es que el art. 245 RRC permite completar durante su tramitación los extremos necesarios para acreditar el estado, capacidad y domicilio de los contrayentes, pero no es menos cierto que la ratificación por ambos contrayentes del escrito inicial es necesaria. En el presente caso, al estar uno de los contrayentes domiciliado en el extranjero, debería el Encargado haber advertido de la necesidad de dicha ratificación por comparecencia ante el Cónsul encargado del Registro Civil correspondiente o por medio de poder especial (*cf.* art. 242 RRC).

En segundo lugar, es necesario recordar que la audiencia reservada y por separado que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente es un trámite esencial para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* art. 246 RRC). Tratándose de contrayente domiciliado en el extranjero, el Encargado debería haber extremado las garantías formales y materiales que el expediente le proporciona y no haber prescindido de esa audiencia, necesaria para conocer las verdaderas intenciones de los contrayentes, máxime cuando el supuesto está claramente regulado en el citado art. 246 RRC, que prevé que la audiencia se formalice ante el Encargado del domicilio.

Por último, el auto incurre en el error de no autorizar el certificado de capacidad matrimonial cuando es la celebración del matrimonio lo que no debía autorizar, ya que la expedición de dicho certificado sólo es necesaria cuando los contrayentes hayan manifestado su deseo de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exija la presentación de tal certificado (*cf.* art. 252 RRC y el Convenio n.º 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, de 5-9-1980, publicado en el BOE de 16-5-1988). Es evidente que este supuesto no cabe en el presente caso, ya que lo único que ha quedado claro del escrito inicial era la voluntad del contrayente de celebrar el matrimonio en España.

III.— La cuestión de fondo se resuelve considerando correcta la actuación del Juez Encargado quien, al detectar la existencia de anomalías psíquicas del contrayente, procedió en la forma que señala el art. 56-2 CC, es decir, exigir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento, a fin de no autorizar un matrimonio nulo por falta de dicho consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73-1 CC).

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación en el contrayente.

2.2. Impedimento de ligamen en el contrayente cuyo estatuto personal le autoriza para volver a contraer matrimonio estando ya casado.

Res. de la DGRN de 8 de marzo de 1995

HECHOS:

Con fecha 6 de octubre de 1994, Don M. El B. y D.^a M. H. A., mayores de edad, solicitaron ante el Registro Civil de M. (España) autorización para contraer matrimonio.

Quedó acreditado que la promotora es soltera y de nacionalidad española. En cuanto a Don M. El B., de nacionalidad marroquí, aunque divorciado en 1991, tiene el estado civil de casado al tiempo en que promueve el presente expediente, según se afirma en el certificado de residencia emitido por autoridad marroquí, de fecha 22 de junio de 1994, presentado por el propio promotor.

El Juez Encargado dictó auto por el cual, estimando que los promotores habían ya contraído matrimonio entre sí conforme a las leyes de Marruecos, denegó la autorización solicitada.

Frente a este auto, los promotores interpusieron recurso ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 46 y 73 del Código Civil; 241, 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 11 de mayo y 14 de septiembre de 1994 (1.^a).

II.— El auto apelado deniega la autorización de un matrimonio civil entre una española y un marroquí, por estimar que éstos ya estaban casados entre sí según la legislación marroquí.

Esta deducción no tiene base alguna porque se ha acompañado la fe de soltería de la contrayente y no hay en las actuaciones indicio alguno de que ésta haya podido contraer matrimonio anterior. Ahora bien, aunque la razón de la denegación ha quedado mal expresada, sí existe un motivo claro que la justifica, ya que es el propio contrayente quien ha presentado un certificado de autoridad marroquí en el que se afirma que en 1994 estaba casado, es decir, en fecha posterior a su divorcio en 1991.

No es posible autorizar el matrimonio pretendido mientras subsista el impedimento de ligamen detectado. No ha de importar que el marroquí, de acuerdo con su estatuto personal (*cf.* art. 9 CC), pueda, estando casado, volver a contraer matrimonio con otra mujer. En efecto, la legislación nacional aplicable según las normas de conflicto debe ser excluida cuando resulte contraria al orden público (*cf.* art. 12-3 CC). Es indudable que el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial, por lo que no puede permitirse el matrimonio entre una española y un extranjero casado.

¹ La Dirección General acuerda desestimar el recurso.

2.3. Impedimento de ligamen en contrayente cuyo divorcio fue decretado por autoridad religiosa islámica. Validez de matrimonio no inscrito en el Registro Civil. Ineficacia para el Ordenamiento Jurídico español del divorcio decretado por autoridad religiosa islámica.

Res. de la DGRN de 17 de mayo de 1995

HECHOS:

Con fecha 29 de marzo de 1994, Don S. T. T. y D.^a S. M. W., ambos mayores de edad y de nacionalidad taiwanesa, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio en España autorización para contraer matrimonio civil.

Quedó acreditado que la promotora es soltera. En cuanto al promotor, se aportaron certificados de su anterior matrimonio, celebrado el 4 de julio de 1984 en el Centro Islámico de B. (España), y posterior divorcio legalizado por el referido Centro Islámico el día 25 de enero de 1993.

La Juez Encargada dictó auto denegando la autorización solicitada al considerar que no se ha acreditado la disolución del anterior vínculo matrimonial de D. S. T. T.

El promotor recurrió dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 11, 12, 46, 50, 61, 73, 89 y 105 del Código Civil; 117-3 de la Constitución; 2 y 22 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2, 15, 24, 26 y 70 de la Ley del Registro Civil; 94, 241, 246, 247 y 256 del Reglamento del Registro Civil; la Ley 26/1992, de 10 de noviembre; las Instrucciones de 22 de marzo de 1974 y 10 de febrero de 1993; y las Resoluciones de 28 de enero de 1981, 21 de diciembre de 1987 y 18 de marzo de 1992.

II.— Según ha quedado acreditado, el hoy contrayente había celebrado, en España, un enlace anterior según el rito islámico con ciudadana marroquí. Este enlace entre extranjeros, como ajustado a una forma establecida por la ley personal de la contrayente marroquí, es válido en cuanto a su forma (*cf.* art. 50 CC) y, por exigencias del principio de concordancia entre el Registro Civil y la realidad (*cf.* arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC), debe promoverse por el Ministerio Fiscal su inscripción omitida por el procedimiento oportuno (*cf.* art. 256-4 RRC). Dicho matrimonio, a pesar de no haber sido inscrito, ha producido efectos desde su celebración (*cf.* arts. 61 CC y 70 LRC). La inscripción tardía del matrimonio no tiene otras consecuencias que un posible beneficio a terceros adquirentes de buena fe. Este matrimonio, pues, existe y subsistirá mientras no conste su disolución legal.

III.— Para acreditar esta disolución el recurrente ha presentado una certificación del mismo Centro Islámico en la que se indica que los cónyuges se divorciaron en este Centro en el año 1993. Es patente la absoluta incompetencia de tal Centro para dictar un divorcio dentro del territorio español. La disolución del matrimonio por divorcio es una actuación judicial que en España está encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales (*cf.* art. 117-3 CE; 89 CC; 2 y 22 de la LO del Poder Judicial) y no puede permitirse, por aplicación del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa. Incluso las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado están sujetas, como es sabido, a una homologación por el Juez civil, conforme al art. 80 CC y a los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede. Además, la materia de disolución del matrimonio es totalmente ajena a las previsiones de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprobó el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España.

IV.— Consecuencia de todo lo anterior es que el promotor está vinculado por un previo matrimonio aún subsistente, de modo que no es posible, por concurrir impedimento de ligamen, autorizar un nuevo matrimonio (*cf.* arts. 46-2 y 73-2 CC). En efecto, aunque la capacidad matrimonial se rige, en principio, por la ley nacional (*cf.* art. 9-1 CC), no debe olvidarse que pueden existir motivos de orden público (*cf.* art. 12-3 CC) que excluyan la aplicación de la ley extranjera en principio competente y tampoco que, como ya apuntó la Instrucción de 22 de marzo de 1974, la prueba de la libertad del extranjero, si se trata de acreditar hechos acaecidos en España y, por ello, inscribibles en el Registro Civil (*cf.* art. 15 LRC), ha de ajustarse a las mismas reglas establecidas para los españoles, entrando, pues, en juego el fundamental artículo 2 LRC.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y comunicar al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos, la existencia del matrimonio anterior del recurrente para que se promueva la inscripción omitida.

2.4. Impedimento de edad: justa causa para conceder la dispensa correspondiente.

Res. de la DGRN de 7 de abril de 1995

HECHOS:

Con fecha 29 de junio de 1994, Don C. D. S., nacido el 23 de enero de 1978, soltero y no emancipado, ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, solicitó dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio civil. El promotor, pese al fallecimiento de sus progenitores, no está sometido a tutela, y venía residiendo con su abuela paterna. Esta última, en comparecencia ante el Juez Encargado, se opuso a la concesión de la dispensa habida cuenta de la edad de su nieto (16 años) y de la novia de éste (24 años).

La Juez Encargada dictó auto por el que dispensaba al promotor del requisito de la edad, frente al cual la abuela del promotor interpuso recurso ante la DGRN.

Don C. D. S., al formular las alegaciones a dicho recurso, acompañó certificado de la tramitación de expediente para inscribir el nacimiento de su hija recién nacida, cuya madre es la mujer con quien el promotor pretende contraer matrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 46, 48 y 75 del Código Civil; 17, 74 y 97 de la Ley del Registro Civil; 260 a 262, 355 y 365 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 30 de noviembre de 1989, y las Resoluciones de 25 de enero de 1985 y 28 de diciembre de 1987.

II.— El menor de edad no emancipado necesita, para contraer matrimonio, obtener la oportuna dispensa de edad que, a partir de los catorce años, concede el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil de su domicilio (*cf.* art. 48 CC, 17 LRC y 365 RRC) en un expediente registral sometido al régimen de recursos previsto en la legislación del Registro Civil. Para obtener tal dispensa, el peticionario ha de alegar y probar justa causa para la dispensa.

En el presente caso, pese a la oposición de la abuela y guardadora de hecho del promotor, son circunstancias que aconsejan la concesión de la dispensa de edad al contrayente, huérfano de diecisiete años: su convivencia hoy, fuera del domicilio de su abuela y guardadora, con una mujer a cuya hija ha reconocido; y su propósito de fundar una familia matrimonial. Todas estas circunstancias motivaron que el Ministerio Fiscal, abandonando su primera posición, se haya mostrado favorable a la concesión de la dispensa.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.5. Competencia para tramitar el expediente previo y delegar la autorización del matrimonio en forma civil, entre un español y una extranjera, del Cónsul Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de los interesados.

Res. de la DGRN de 15 de septiembre de 1995

HECHOS:

Ante el Cónsul General de España en F. (Alemania), como encargado del Registro Civil Consular en esa ciudad, Don F. C. L., español, mayor de edad, soltero y D.^a C. B., alemana, ambos residentes en F., instaron la tramitación del expediente previo y autorización para que el matrimonio civil que pretendían contraer pudiera ser celebrado por delegación ante el Encargado del Registro Civil de un municipio español.

En trámite de calificación, el Encargado del Registro Civil Consular acordó, el 12 de julio de 1995, denegar la instrucción del expediente, estimando que a ello se oponen las leyes alemanas al ser uno de los futuros contrayentes de esa nacionalidad. Por la misma razón, considera improcedente que pueda ser prestado, por razón de delegación, el consentimiento matrimonial ante el Juez Encargado de un Registro municipal español.

El promotor impugnó dicha calificación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 49, 51, 52, 53, 56 y 57 del Código Civil; 238 y 250 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, y la Resolución de 4 de mayo de 1988.

II.— La cuestión que se suscita en este recurso es la de si un matrimonio en forma civil, que intentan contraer un español y una alemana, puede ser celebrado por delegación del Cónsul Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de los interesados en Alemania, ante el Encargado de un Registro Civil municipal en España.

Para resolverla, es preciso tener en cuenta que la competencia reconocida en general a los Cónsules de España en el extranjero para autorizar el matrimonio civil de cualquier español (*cfr.* arts. 49, 51 y 57 CC), cesa cuando se oponen a ello las leyes y reglamentos del Estado receptor, conforme resulta del art. 5-f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, ratificado por España. Por tanto, como las leyes alemanas no reconocen facultades a los Cónsules extranjeros para autorizar matrimonios si uno de los contrayentes es alemán, el Cónsul debe abstenerse de autorizar tales matrimonios aunque el otro contrayente sea español.

III.— En el presente caso, es preciso determinar si la función del Cónsul español consistiría en autorizar el matrimonio proyectado o si, por el contrario, quedaría limitada a tramitar y aprobar el expediente previo para la celebración del matrimonio y delegar la autorización, a petición de los contrayentes, en un Juez, Alcalde o funcionario en España.

Esta segunda función preparatoria del matrimonio no está en oposición con la legislación alemana y resulta hoy permitida por el Código Civil, en su nueva redacción por Ley 35/1993. En efecto, el art. 56 CC, que no ha sido objeto de modificación, se remite a la legislación del Registro Civil en cuanto a la tramitación del expediente previo, y el art. 238 RRC establece la competencia del Encargado del Registro Civil Consular del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

No puede, pues, negarse la competencia del Cónsul español en el presente supuesto.

IV.— Por otra parte, el instructor del expediente previo es quien está actualmente facultado para delegar su autorización en la prestación del consentimiento.

En efecto, el art. 57-2 CC en su anterior redacción (por Ley de 1981) establecía que la prestación del consentimiento podía también realizarse, por delegación del Juez o funcionario del Registro Civil competente, ante un Juez o Encargado de otro Registro Civil. Como señaló la Resolución de 4 de mayo de 1988, el Juez o funcionario *competente para delegar* era el facultado para *autorizar* el matrimonio, es decir, el «correspondiente al domicilio» (*cfr.* art. 57-1 CC). En aquel momento, pues, quien no tenía competencia para autorizar el matrimonio no la tenía tampoco, como era obvio, para delegar la autorización.

Tal situación fue modificada por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, ya que el actual art. 57-2 CC establece que «la prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del *instructor del expediente*,... ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta». Por tanto, la delegación no la hace ya, como anteriormente, el Juez o funcionario competente para autorizar el matrimonio conforme al art. 57-1 CC; sino el instructor del expediente previo. Y, precisamente, para tramitar dicho expediente está facultado (*cfr.* arts. 56 CC y 238 RRC) el Cónsul de España en F., pese a que,

por oponerse a ello la ley interna (en este caso, la alemana) sus facultades no lleguen a permitirle autorizar allí el matrimonio que los promotores pretenden contraer.

La Dirección General **acuerda** estimar el recurso y ordenar al Cónsul de España en F. que tramite el expediente previo al matrimonio y, una vez concluido, remitirlo con la delegación al Encargado elegido para la celebración.

3. INSCRIPCION DE MATRIMONIO

3.1. Matrimonio celebrado en peligro de muerte: denegación de inscripción de matrimonio por concurrir en el contrayente impedimento de ligamen. La norma contenida en el vigente artículo 85 CC (redactado conforme a la Ley 30/1981), en orden a la disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, carece de eficacia retroactiva en grado máximo. Res. de la DGRN de 18 de febrero de 1995

HECHOS:

Don A. I. P. contrajo un primer matrimonio, en 1946, con D.^a M. L. A. Mediante auto de 20 de febrero de 1975, a iniciativa de la esposa, se declaró judicialmente el fallecimiento de Don A. I. P. Reaparecido éste posteriormente, recayó resolución en 1980 que dejó sin efecto la declaración de fallecimiento.

Con fecha 23 de marzo de 1990, se autorizó en peligro de muerte el segundo matrimonio de Don A. I. P. con otra mujer, D.^a M. V. S., levantándose el mismo día la oportuna acta. El 20 de mayo de 1990, falleció Don A. I. P., cuyo primer matrimonio fue disuelto por divorcio mediante sentencia de 11 de junio de 1990.

D.^a M. V. S., el día 18 de junio de 1990, instó fuera inscrito en el Registro Civil su matrimonio en peligro de muerte, celebrado en marzo de ese mismo año, con Don A. I. P.

El Ministerio Fiscal se opuso a la inscripción del matrimonio por entender que, a la fecha de su celebración, el contrayente se hallaba afectado por un ligamen previo, al no haberse disuelto en aquel momento su anterior matrimonio.

La Juez Encargada dictó auto denegando la inscripción y declarando nulo el matrimonio celebrado en peligro de muerte entre la promotora y Don A. I. P., ya que éste incurría en impedimento de ligamen.

Contra dicho auto interpuso la promotora recurso ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 2, 46, 52, 65, 73, 85 y 89 del Código Civil; 195 del Código Civil en su redacción por Ley de 8 de septiembre de 1939; 23 de la Ley del Registro Civil; 85, 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil; la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, y la Resolución de 31 de marzo de 1987.

II.— Para inscribir un matrimonio en forma civil celebrado en peligro de muerte, puesto que no ha podido tramitarse el expediente previo, es preciso comprobar antes que concurren los requisitos legales exigidos para la celebración (*cf.* art. 65 CC), lo cual ha de hacerse mediante la calificación del acta levantada y de las declaraciones complementarias oportunas, que lleven al convencimiento de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad (*cf.* art. 256 RRC), o bien a través de expediente, cuando no se haya extendido la oportuna acta (*cf.* art. 257 RRC).

III.— En el presente caso, el primer matrimonio de Don A. I. P. subsistió hasta su fallecimiento en mayo de 1990, pues no consta que la esposa hubiera fallecido antes, de modo que en marzo de 1990, cuando se autorizó el matrimonio en peligro de

muerte, el estado civil del contrayente seguía siendo el de casado. No puede, pues, inscribirse ese segundo matrimonio, que es nulo por concurrir el impedimento de ligamen (*cf.*: arts. 46-2 y 73-2 CC).

IV.— Frente a esta conclusión no puede arguirse que el matrimonio de 1946 quedó disuelto por la declaración de fallecimiento dictada en 1975. Cualquiera que sea la interpretación que deba prevalecer respecto del vigente art. 85 CC en orden a la disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, es evidente que en el supuesto objeto del recurso esta declaración quedó sin efecto en 1980, de modo que cuando entró en vigor tal precepto en el año 1981, los cónyuges seguían estando casados y no puede pretenderse una eficacia retroactiva máxima de dicho art. 85 CC que llegase hasta el punto de hacer revivir una declaración de fallecimiento que había perdido toda su efectividad antes de la entrada en vigor de la referida Ley 30/1981, de 7 de julio. El propio interesado, que promovió en vida el divorcio de dicho matrimonio, estaba reconociendo con su conducta que estimaba éste subsistente, lo que estaba de acuerdo con lo dispuesto por el art. 195-3 CC, en su redacción anterior y vigente en 1980, según la declaración de fallecimiento no bastaba por sí sola para que el cónyuge presente pudiera contraer ulteriores nupcias. Tampoco consta que la esposa, presente en España, volviera a contraer matrimonio durante el tiempo que se mantuvo la eficacia de la declaración de fallecimiento.

La Dirección general **acuerda** desestimar el recurso y confirmar la decisión recurrida.

3.2. Denegación de inscripción de matrimonio por falta de verdadero consentimiento matrimonial: matrimonios de complacencia. Simulación: prueba. Competencia del Encargado del Registro Civil Consular.

Ress. de DGRN de 30 de mayo de 1995 y 22 de noviembre de 1995

(NOTA: Las dos Resoluciones contienen similares fundamentos jurídicos y acuerdos, puesto que contemplan hechos análogos).

HECHOS:

Dos varones, españoles y residentes en España, contrajeron matrimonio en L. (República Popular China), en noviembre de 1994 y febrero de 1995 respectivamente, con sendas ciudadanas chinas y residentes en aquel país. Después, solicitaron las respectivas inscripciones de matrimonio ante el Encargado del Registro Civil Consular de España en P. (R. P. China), aportando certificaciones de matrimonio expedidas por las autoridades chinas.

Los promotores fueron entrevistados, separadamente, en la Embajada de España por el Encargado del Registro, el Canciller de la Embajada (en funciones de Ministerio Fiscal) y un contratado laboral de la misma. De las declaraciones realizadas por los interesados resultó que: ellas no hablan español ni ellos chino, y se comunican por medio de sendos hermanos de aquéllas; que, en ambos casos, los contrayentes comenzaron a relacionarse entre sí por teléfono y por carta; y que se conocieron personalmente escasos días antes de las respectivas bodas.

El Encargado del Registro Civil Consular denegó las dos inscripciones de matrimonio al considerar, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Fiscal, que no había existido verdadero consentimiento matrimonial, por lo que los matrimonios son nulos ya que se trata de negocios simulados.

Los promotores recurrieron sendos autos ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4-XII-1950, sobre protección de los derechos humanos

y libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19-XII-1966 de derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución española; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993 y 20 de enero de 1995.

II.— El problema de los llamados matrimonios de complacencia o matrimonios «blancos», ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995. Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente bien de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional, bien de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

Un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73-1 CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe, y que el «*ius nubendi*» es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

III.— El Encargado del Registro Civil Consular es competente para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero según la forma autorizada por la «*lex loci*» (*cf.* art. 49-2 CC). En efecto, el art. 65 CC ordena en estos casos al Encargado que, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales para la celebración del matrimonio y esta comprobación, a la que ya aludía el art. 73 LRC, ha sido desarrollada por los arts. 256 y 257 RRC, en su redacción por RD 1917/1986.

En consecuencia, el matrimonio que conste por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256-3 RRC) es inscribible, «siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española», siendo título para practicar la inscripción «el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas». Resulta, pues, que el Reglamento sigue, en cuanto a la inscripción del matrimonio en este caso, el mismo criterio ya establecido para cualquier otra inscripción (sin necesidad de previo expediente) por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (*cf.* arts. 23-2 LRC y 85 RRC).

IV.— Por lo tanto, si es necesario que no haya duda de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española y si las declaraciones complementarias oportunas integran el título para practicar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la conclusión es que, cuando el matrimonio ya se ha celebrado según la forma local, el Encargado puede y debe comprobar —por medio de aquellas declaraciones complementarias— si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el CC y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial (del mismo modo que sucede en el expediente previo durante el trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente, a tenor del art. 246 RRC y de la regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995).

V.— En los casos presentes, de las declaraciones de los propios interesados y de las demás pruebas realizadas, resultan una serie de hechos comprobados de los que es lícito deducir, según las reglas del criterio humano (*cf.* art. 1253 CC) que los matrimonios son nulos por simulación.

Si, no siendo suficientes las presentes actuaciones para inscribir los matrimonios, se estimara que —además de la vía judicial— queda abierto el camino para solicitar tales inscripciones por medio de los oportunos expedientes (*cf.* art. 257 RRC), ha de observarse que la tramitación de éstos sería inútil, en cuanto que no habría otros elementos de juicio que pudieran sustentar una conclusión distinta de la obtenida en momentos más próximos cronológicamente a la celebración del enlace. El principio de economía procesal (*cf.* art. 354 RRC) aconseja prescindir de esta vía.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

3.3. Anotación con valor de simple presunción de matrimonio contraído en el extranjero por personas que han obtenido la condición de refugiados. Expedición del Libro de Familia pese a no existir inscripción del matrimonio. Res de la DGRN de 2 de junio de 1995

HECHOS:

A solicitud de los interesados, quienes han demostrado su condición de refugiados pero les ha sido imposible obtener los certificados acreditativos de sus respectivos nacimientos y matrimonio, la Juez Encargada del Registro Civil del municipio español en que están domiciliados, dictó auto de fecha 14 de marzo de 1994 por el que: se declaraba con valor de simple presunción el nacimiento en Laos de Don K. S. y su esposa D.^a Ka. S., ambos de nacionalidad laosiana; el matrimonio entre ambos celebrado en Laos; el nacimiento en dicho país de dos de sus hijos y en Thailandia de sus otros dos hijos. Además, el citado auto acordó que, tras practicarse los asientos correspondientes, se librasen certificaciones y un Libro de Familia acreditativo de las anotaciones acordadas.

Con fecha 15 de marzo de 1994, se remitió al Registro Civil Central testimonio del referido auto, y se anotaron los nacimientos y el matrimonio que en el mismo son declarados con valor de simple presunción. Sin embargo, por acuerdo de 1 de febrero de 1995, el Juez Encargado del Registro Civil Central denegó, coincidiendo con los informado por el Ministerio Fiscal, la expedición del Libro de Familia, por considerar que éste sólo puede expedirse si existe previa inscripción de matrimonio.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 12 y 25 de la Convención de Ginebra, sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951; 8, 15, 38 y 96 de la Ley del Registro Civil; 36, 37, 38, 66, 145, 335 y 337 del Reglamento del Registro Civil; 33 del Reglamento, aprobado por RD 203/1995, de aplicación de la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994; y la Instrucción de 11 de marzo de 1985.

II.— El acuerdo apelado niega la expedición del Libro de Familia a una familia de refugiados aduciendo, de un lado, el carácter simplemente informativo de las anotaciones siendo así que el Libro de Familia contiene certificaciones en extracto de verdaderas inscripciones; y, de otro lado, que la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero sólo es practicable si, al menos, uno de los cónyuges tiene la nacionalidad española.

III.— En respuesta a dichas alegaciones, es preciso admitir que existe una notable diferencia en cuanto a su valor probatorio entre las inscripciones y las anotaciones, ya que éstas tienen un carácter simplemente informativo y nunca constituyen la prueba que proporciona la inscripción (*cf.* arts. 38 LRC y 145 RRC); y también que la expe-

dición del Libro de Familia está supeditada, con carácter general, a la existencia de previas inscripciones, bien del matrimonio, bien de una filiación no matrimonial o adoptiva (*cf.* arts. 36 y 37 RRC).

Sin embargo, no hay que olvidar que las personas que han obtenido asilo y la consiguiente condición de refugiados en España, están sujetas a un régimen especial. En efecto, por virtud del art. 12 de la Convención de Ginebra, el estatuto personal de los refugiados —así como su estado civil (art. 9 CC)— se rige, en principio, por la ley del país de su domicilio o residencia y, además, el art. 25 de dicha Convención viene a establecer que cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de autoridades extranjeras a las cuales no puede recurrir, las autoridades locales (en este caso, españolas) o una autoridad internacional proporcionará al refugiado la ayuda necesaria. Tales autoridades expedirán, o harán que bajo su vigilancia se expidan, a los refugiados los documentos que normalmente serían expedidos por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas. Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales, o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario.

IV.— Estas previsiones de la Convención dieron lugar a que la Recomendación n.º 1 de la Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada por la Asamblea General de Luxemburgo en 8 de septiembre de 1967, sugiriera que en los Estados miembros de la CIEC fueran habilitadas autoridades encargadas de expedir a los refugiados la documentación que haga las veces de las actas del estado civil.

Este es el origen de la Instrucción de 1985, así como de la reforma del art. 337 RRC (realizada en 1986) y del art. 33-2 RRC (por RD de 10 de febrero de 1995).

V.— En consecuencia, dado que el estado civil del refugiado se rige, en principio, por la ley española; que los españoles tienen derecho a la expedición del Libro de Familia; y que ya se han anotado en el Registro civil Central el matrimonio de los promotores y el nacimiento de sus hijos, es forzoso concluir que, como complemento necesario para facilitar su integración en España, debe expedirse el correspondiente Libro de Familia.

Solamente para evitar equívocos, será necesario que, en el lugar oportuno del Libro, se haga constar que se ha expedido por la condición de refugiados de los interesados y que los asientos de matrimonio y de nacimiento de los hijos son anotaciones con valor simplemente informativo.

La Dirección General **acuerda** estimar el recurso y ordenar que se entregue a los recurrentes un Libro de Familia con las observaciones indicadas en el último fundamento jurídico.

4. NACIONALIDAD

4.1. La adquisición de la nacionalidad española de origen por los nacidos en España de padres extranjeros, al amparo del art. 17.1.c) CC, requiere que la legislación de ninguno de éstos atribuya al hijo una nacionalidad. Cuando la exigencia de inscripción del nacido en un Registro Consular extranjero opere como mero requisito formal para el reconocimiento de una nacionalidad ya atribuida «ex lege», la ausencia de tal requisito no determina la apatridía de aquél.

**4.1.-1) Hijo de padres nacionales de Angola.
Res. de la DGRN de 17 de enero de 1995**

HECHOS:

Con fecha de 18 de marzo de 1994, Don A. M., de nacionalidad angoleña, solicitó del Registro Civil de su domicilio en España fuese declarada con valor de simple pre-

sunción la nacionalidad española de su hijo, nacido en España el 22 de noviembre de 1991 e inscrito en el Registro Civil como hijo de padres angoleños, nacidos fuera del territorio español.

En certificado expedido por el Cónsul de Angola, se acredita que el menor no está registrado en ese Consulado, que puede adoptar la nacionalidad que le convenga y significando que la legislación angoleña le consideraría nacional si estuviera efectivamente inscrito en el registro consular.

El Juez Encargado dictó auto por el que, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Fiscal, denegó la pretensión del promotor por entender que no se produce apatridia del menor.

El promotor recurrió dicho auto en apelación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 22 de mayo de 1975, y las Resoluciones de 9 de febrero, 20 de abril, 31 de mayo y 13 de diciembre de 1993, 8 de enero, 8 de marzo, 10, 15 y 20 de septiembre y 26 de noviembre de 1994.

II.— En el presente supuesto, la eventual nacionalidad española de origen del menor sólo podría fundarse en el art. 17.1.c) del CC, que atribuye esa nacionalidad a «los nacidos en España de padres extranjeros... si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad».

Aunque la determinación del alcance y contenido de una legislación extranjera (*cf.* art. 12-6 CC) no sea una tarea fácil, está suficientemente acreditado por la certificación consular que, de acuerdo con la legislación angoleña, son angoleños los nacidos en el extranjero cuando uno de los padres es angoleño. Además, no se ha justificado que la inscripción del nacimiento en la Sección consular de la Embajada funcione como condición indispensable para la atribución de la nacionalidad angoleña, sino simplemente como un requisito formal para el reconocimiento de la nacionalidad ya atribuida «ex lege» y que pueden los padres hacer efectiva en cualquier momento.

Consiguientemente, no se da el supuesto de hecho previsto para la atribución de la nacionalidad española «iure soli» por el Código Civil en la norma antes transcrita, la cual está supeditada a la circunstancia de que el nacido en España no tenga otra nacionalidad «iure sanguinis», evitando así situaciones de apatridia originaria.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso.

4.1.-2) Hijo de padres nacionales de la República del Zaire. Res. de la DGRN de 6 de septiembre de 1995

HECHOS:

El 1 de marzo de 1995, Don B. M. B. y D.^a M. I., mayores de edad, zaireños y nacidos fuera de España, solicitaron ante el Registro Civil del municipio español de su domicilio que fuese declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de la hija de ambos, nacida en ese municipio el 18 de abril de 1993. Acompañaron certificado de la Embajada de la República del Zaire acreditativo de que, conforme a las leyes zaireñas, la nacionalidad es única y no compartible con otra, así como de la facultad que asiste a los padres zaireños para que opten por la nacionalidad que deseen para sus hijos nacidos en el extranjero y no inscritos en la referida Embajada. También se acredita que la menor no está inscrita en el correspondiente Registro zaireño.

La Juez Encargada denegó la pretensión deducida por entender que no se había probado que la hija de los promotores no ostente la nacionalidad zaireña desde su nacimiento.

Los promotores recurrieron contra dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 7 de la Convención de las Naciones Unidas, sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; 12 y 17 del Código Civil; 96 Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 8 de enero, 8 de marzo, 10, 15 y 20 de septiembre, 26 de noviembre y 15 de diciembre de 1994, 17 de enero y 4 de abril de 1995.

II.— La pretensión de los promotores podría tener su apoyo en lo establecido por el art. 17.1.c) CC, en cuanto dispone que son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

La cuestión se reconduce, pues, a determinar cuál es el criterio de la legislación zaireña en orden a la atribución de esta nacionalidad a los hijos de zaireños nacidos en el extranjero. A tales efectos, y a la vista de la Ley de nacionalidad zaireña, hay que concluir que es zaireño el hijo de padre zaireño o de madre zaireña, independientemente del lugar de su nacimiento, y sin que exista ninguna norma que supedita la adquisición de tal nacionalidad a la inscripción de nacimiento en el Consulado zaireño. No se da, pues, la situación de apatridia originaria que justifica la atribución «iure soli» de la nacionalidad española por aplicación del art. 17.1.c) CC.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso.

4.2. La renuncia expresa a la nacionalidad española sólo provoca la pérdida de dicha nacionalidad cuando concurren los requisitos establecidos en el art. 24.3 CC.

Res. de la DGRN de 1 de marzo de 1995

HECHOS:

En julio de 1994, Los hermanos Don A. y Don R. Z. C., mayores de edad y domiciliados en un municipio español, además de la nacionalidad española de origen, tienen la nacionalidad alemana. En julio de 1994 presentaron en el Registro Civil de su domicilio sendos escritos de idéntico contenido por los que solicitaban fuere declarado, con valor de presunción, que no se encontraban en posesión de la nacionalidad española a la que renunciaban.

Según quedó acreditado en las actuaciones, los promotores nacieron en España, los días 21 de abril de 1968 y 20 de mayo de 1971, respectivamente. Son hijos de padre alemán y madre española. Ambos progenitores han nacido en España, donde estaban domiciliados al tiempo del nacimiento de sus hijos.

Aunque el Ministerio Fiscal informó favorablemente la pretensión deducida, el Juez Encargado dictó auto por el que denegaba dicha pretensión.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 17 del Código Civil en su redacción por Ley de 15-7-1954; 23 del Código Civil en su redacción por Ley 51/1982; 24 del Código Civil en su redacción actual; 46, 67 y 96 de la Ley del Registro Civil; 232, 335 y 338 del Regla-

mento del Registro Civil, y las Resoluciones de 15 (1.ª) y 27 de enero y 7 (1.ª) de mayo de 1994.

II.— En el presente caso, los recurrentes, además de la nacionalidad alemana por filiación paterna, adquirieron por nacimiento en España la nacionalidad española, al concurrir en ellos las condiciones exigidas por el art. 17.3 CC, en su redacción por Ley de 1954, vigente al tiempo en que aquéllos nacieron. Además, no consta que hayan incurrido después en alguna causa legal de pérdida de la nacionalidad española, en cuyo caso debería haberse promovido de oficio la inscripción marginal de la pérdida (*cfr.* arts. 67 LRC y 232 RRC).

En efecto, si al llegar a la mayoría de edad o emancipación, hubieran renunciado expresamente uno y otro a la nacionalidad española estando en vigor el art. 23 CC redactada conforme a la Ley 51/1982, habrían perdido la nacionalidad española. Pero no consta que, en aquellos momentos, los recurrentes formularan tal renuncia expresa.

Y la renuncia que ahora se ha formalizado, una vez en vigor la Ley 18/1990 (*cfr.* art. 24.3 CC), carece de todo valor a estos efectos, puesto que, según resulta de las actuaciones, los interesados residen habitualmente en España y la renuncia a la nacionalidad española sólo provoca hoy su pérdida cuando se reside habitualmente en el extranjero.

La Dirección General **acuerda** desestimar los recursos y confirmar el auto apelado.

4.3. La recuperación de la nacionalidad española por persona sometida a la patria potestad de un español puede efectuarse bien al amparo del art. 26 CC, bien a través del mecanismo de la opción por razón de patria potestad regulada por los arts. 20 y 23 CC.

Res. de la DGRN de 26 de junio de 1995

HECHOS:

Don G-A. H. G. nació en Argentina el 15 de julio de 1972. En el momento de su nacimiento le fue atribuida la nacionalidad argentina «iure soli» y la nacionalidad española «iure sanguinis», por ser hijo de padre español (Don C. H.).

Con fecha 7 de noviembre de 1974, el padre de Don G-A. H. G. (Don C. H.) adquirió voluntariamente la nacionalidad argentina, lo que supuso la pérdida de su nacionalidad española puesto que se cumplían los requisitos exigidos al efecto por el entonces vigente art. 22 CC. Dicha pérdida provocó, en la misma fecha, la pérdida de la nacionalidad española de su hijo, Don G-A. H. G., ya que, al estar sujeto a la patria potestad de su progenitor, le correspondió seguir la nacionalidad argentina de éste (*cfr.* art. 23.5 CC, en su redacción por Ley de 1954).

Don C. H. recuperó la nacionalidad española el 7 de agosto de 1992, siendo entonces su hijo (Don G-A-H. G.) menor de edad (conforme a la legislación argentina, la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 21 años).

El día 9 de junio de 1993, Don C. H., domiciliado en Argentina, solicitó ante el Registro Civil Central español la inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española de su hijo, Don G-A. H. G., también domiciliado en aquel país. El promotor fundamentaba tal pretensión en su condición de ciudadano español y en estar su citado hijo, por razón de edad, sometido a su patria potestad.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba la práctica de la inscripción de nacimiento y la marginal de opción a la nacionalidad española, por considerar que: al haber recobrado esta nacionalidad el promotor después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990, no son aplicables a su hijo los beneficios previstos en la anterior Ley 51/1982; y que tampoco le es posible la recuperación de la nacionalidad española a través del mecanismo de la opción.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 22 y 23 del Código Civil en su redacción por las Leyes de 15-7-1954 y 14/1975; 20, 23 y 26 del Código Civil en su redacción actual; 23, 46, 64 y 67 de la Ley del Registro Civil; 85 y 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; la Disposición Transitoria la de la Ley 18/1990; la Instrucción de 20 de marzo de 1991, y las Resoluciones de 13 de noviembre de 1990 y 7 de mayo de 1993.

II.— Dado que el hijo del recurrente no cumple todos los requisitos impuestos por el vigente art. 26 CC, se suscita la cuestión de si su recuperación de la nacionalidad española habrá de ajustarse hoy a los requisitos generales exigidos para la recuperación por dicho precepto, o si dicha recuperación podrá hacerse efectiva a través del mecanismo de la opción por razón de patria potestad, admitida por los arts. 20 y 23 CC.

La Resolución que examinamos entiende que no hay razones para excluir que la recuperación pueda ejercitarse por este último camino, siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos para la opción, tal y como ya apuntó la Resolución de 13 de noviembre de 1990 y ha razonado después la Resolución de 7 de mayo de 1993.

Como indicó esta última Resolución, la Instrucción de 20 de marzo de 1991 no excluía esta posibilidad, porque el párrafo primero de su apartado VII se cuidaba de añadir la expresión «en principio», al señalar que la recuperación ha de cumplir los requisitos establecidos por el art. 26 CC. Otra solución, según se señaló textualmente, «implicaría un trato discriminatorio para los nacidos españoles respecto de los nacidos extranjeros, que más tarde quedan sujetos a la patria potestad del que ha adquirido de modo sobrevenido la nacionalidad española. No pueden ser de peor condición los primeros que los segundos. Además, no hay que olvidar que esta facilidad para la recuperación, en comparación con el régimen más rígido del art. 26, se halla contrarrestada por la exigencia de que la opción está sometida a unos breves plazos de caducidad para su ejercicio».

III.— Por lo demás, y una vez admitida la vía de la opción, en el presente caso concurren los requisitos necesarios, ya que el optante ha estado sujeto en dos períodos de su vida a la patria potestad de un español y, además, ha formulado su voluntad de ser español una vez cumplidos los dieciocho años de edad y antes de transcurridos dos años desde que, según su ley personal, llegó a la emancipación (*cf.* art. 20.1 y 2-c del CC).

Además, la inscripción principal de nacimiento, en cuyo margen ha de practicarse (art. 46 LRC) el asiento de opción o recuperación, puede ya extenderse por transcripción de la certificación argentina de nacimiento (*cf.* arts. 23 LRC y 85 RRC).

La Dirección General **acuerda** estimar el recurso, con revocación del auto apelado, y ordenar que se inscriba el nacimiento de Don G-A. H. G. y, marginalmente, la recuperación de la nacionalidad española en virtud de opción por razón de patria potestad. Se considerará a todos los efectos como fecha de esta inscripción la que conste oficialmente como solicitud del interesado ante el Registro Civil Central.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias Comentadas

La especial protección de las hipotecas subsumidas
en la Ley del Mercado Hipotecario frente a la
quiebra del hipotecante
(Comentario a la STS, 1.^a, de 12 de diciembre de 1995)

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
Abogado ICA de Oviedo

M.^a ISABEL HUERTA VIESCA
Profesora Titular de Derecho Mercantil
EU de Estudios Empresariales
Universidad de Oviedo

Reviste particular interés la presente Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1995/9.606), por tratarse de la primera vez, que tengamos conocimiento, en que el Tribunal Supremo se ha ocupado con una cierta extensión —fuera de la Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647) y después del fracaso de la Sentencia de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; Aranzadi 1993/8.960), en la que habiéndose invocado el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se obvió toda referencia a dicha Ley especial— de la constitución de hipotecas al amparo de la Ley del Mercado Hipotecario como actos

completamente exentos al efecto de nulidad de los actos de administración y disposición del quebrado realizados en el período de retroacción (1). Período de retroacción cuya vigencia parece que, por fin, enfila su recta final, en espera de que en la ansiada reforma de nuestro Derecho Concursal se suprima dicha figura, tal y como se hace en la Propuesta de Anteproyecto de 12 de diciembre de 1995 de Ley Concursal —curiosamente coincide su fecha con la de la Sentencia que comentamos— redactada en la Comisión General de Codificación por el profesor y vocal de dicha Comisión, Angel ROJO FERNANDEZ-RÍO (2) —Vid. texto del Anteproyecto en Boletín de Información del M.º de Justicia, Suplemento al n.º 1768, 15 de febrero de 1996—.

Recordemos que el núcleo esencial, a los efectos de este breve comentario, de aplicación de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, desarrollada en su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo y su modificación parcial por Real Decreto 1.289/1991, de 2 de agosto, viene concretado en el artículo 10 de dicha Ley («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél»), desarrollado por el artículo 25.5 del Reglamento («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades que puedan participar en el Mercado Hipotecario sólo podrán ser impugnadas por causa de quiebra de! hipotecante cuando se hubieran formalizado en época posterior a la fecha a que se hayan retrotraído los efectos de la quiebra. La acción de impugnación sólo podrá ser ejercitada por los Síndicos de la quiebra, demostrando la existencia de fraude en la constitución del gravamen. En todo caso

(1) Decimos que completamente exentos, por cuanto que se trata de una exención, como veremos, «ministerio legis», no dependiente, por tanto, de interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales, como las que se han venido aventurando para rebajar los muros de la nulidad contemplada en el artículo 878.2 C. Com., tal y como ya hemos expuesto en nuestro trabajo, María Isabel HUERTA VIESCA y Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA «La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente», «Anuario de Derecho Civil» 1995-IV.

(2) Vid. Emilio BELTRÁN, «Una nueva propuesta de Ley Concursal», «Actualidad Jurídica Aranzadi» n.º 237, 14 de marzo de 1996, p. 4, donde llama la atención acerca de que «La Propuesta de Rojo no sólo elimina todo vestigio de retroacción, sino que, además, subordina el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa a la circunstancia de que, en el momento de la declaración de concurso, el pasivo exigible fuera superior al activo real. La razón de ello es el carácter subsidiario propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores (artículo 1.111 CC)». Sobre la defensa de la necesidad de eliminar la retroacción como nulidad, por acciones de rescisión por fraude de acreedores, como medio de homogeneizarnos con el Derecho Comparado y satisfacer las necesidades de seguridad jurídica, Vid., por todos, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «Introducción al Derecho Mercantil», «Tirant lo Blanch», Valencia, 1995, pp. 669-670.

quedará a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice del quebrado fraudulento»).

La razón de ser de esta nueva normativa —en relación con la vetusta y agotada regulación concursal española—, a juicio de SASTRE PAPIOL (3), se encuentra en «... facilitar la financiación necesaria para la promoción inmobiliaria con fines que facilitaran también la adquisición de la vivienda a los ciudadanos», influida, a su juicio, por el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que reconoce el artículo 47 de la Constitución. Por contra, José MASSAGUER FUENTES (4), entendió que la finalidad de la Ley del Mercado Hipotecario tenía por objeto únicamente el fortalecimiento del sector económico de la construcción.

Fernando SANCHEZ CALERO (5), por su parte, defiende ambas finalidades antes expuestas, al considerar que con la Ley del Mercado Hipotecario se buscó tanto «... el impulso del sector de la construcción, que se ha visto especialmente afectado por la crisis económica que padecemos y que repercute en muchas otras actividades industriales que son complementarias», como el dar satisfacción a una «... preocupación de carácter estrictamente político y social, que se articula como un derecho del individuo cual es el referente a disfrutar de una vivienda digna», encuadrando la Ley del Mercado Hipotecario «... dentro de estas normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho ...». Para Agustín MADRID PARRA (6), sintéticamente, cabe hablar de una triple finalidad: objetivo social de dar satisfacción al derecho establecido por el artículo 47 de la Constitución, mediante la canalización de fondos para la financiación de la construcción inmobiliaria, movilización de los créditos hipotecarios y puesta de la función financiera, intrínseca y específica del mercado hipotecario, al servicio de un determinado objetivo económico.

La movilización de los títulos creados dentro del mercado hipotecario (bonos, cédulas y participaciones hipotecarias) con el amparo de las hipotecas constituidas dentro de su marco regulador haría que, de aplicarse rigidamente la tesis clásica de la nulidad radical «ex artículo» 878.2 C. Com. de las hipotecas constituidas durante el período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario, la inseguridad jurídica

(3) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos de derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», «Revista General del Derecho» n.º 588, septiembre 1993, p. 8. 716. Anteriormente, en p. 8.694, a cita de MADRID PARRA y SÁNCHEZ CALERO, defendió la misma tesis.

(4) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración de la masa en los procedimientos concursales», «Librería Bosch», Barcelona, 1986, p. 42.

(5) Vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El mercado de títulos hipotecarios: líneas esenciales de su regulación en España», «Revista de Derecho Bancario y Bursátil» n.º 7, pp. 572-574.

(6) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado hipotecario (EEW-España)», Banco Hipotecario de España, Madrid, 1988, pp. 524-526.

generada por la retroacción se proyectase sobre las entidades participantes en el mercado hipotecario y, en último término sobre los tenedores de los señalados títulos hipotecarios, que verían, de esta forma, disminuida la garantía de sus títulos, pues, como señala MADRID PARRA (7), a los mismos les conviene la permanencia de la garantía hipotecaria que respalda los créditos de cobertura. El mismo MADRID PARRA (8), considera que la solución dada por el legislador en esta Ley especial es más equilibrada y más justa que la que dio en 1885, al dotar de mayor protección a los acreedores hipotecarios debido a la mayor seguridad requerida por los participantes en el mercado hipotecario.

Nos encontramos, pues, ante una normativa especial cuya aplicabilidad viene determinada por circunstancias subjetivas, finalistas y objetivas.

A) Así, subjetivamente, los acreedores hipotecarios sólo podrán serlo las entidades autorizadas para participar en el Mercado Hipotecario, que conforme al artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 2 del Reglamento, modificado por el Real Decreto 1.289/1991, de 2 de agosto, ha quedado redactado así: «Las Entidades financieras que pueden participar en el mercado hipotecario son:

- a) El Banco Hipotecario de España y las restantes Entidades de crédito de capital público estatal.
- b) Los Bancos privados.
- c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.
- d) La Caja Postal de Ahorros.
- e) Las Entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo.
- f) Las Entidades cooperativas de crédito.
- g) Las Sociedades de crédito hipotecario que cumplan los requisitos exigidos por este Real Decreto».

Trasladando la concurrencia de los requisitos subjetivos señalados a la Sentencia que venimos a comentar, nos encontramos con que la misma se produce, pues el hecho litigioso se refiere a «la escritura de hipoteca de fecha 15 de noviembre de 1979 otorgada en favor de la “Caja de Ahorros Provincial de Tarragona” ...». Hacemos notar, desde una perspectiva práctica, la relevancia e inseguridad que introduce la retroacción, pues baste pensar que a finales de 1995 todavía se encuentra en el aire la validez o nulidad de una hipoteca constituida más de dieciocho años atrás. Esta circunstancia muestra la utilidad que la nor-

(7) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.163.

(8) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.169.

mativa especial hipotecaria tiene en esta materia, pues pensando en préstamos hipotecarios multimillonarios, es fácil apreciar el riesgo que para las entidades financieras supone el no poner coto a los efectos de la retroacción de quiebras, al punto de que puede llegar a poner en peligro la misma subsistencia de la entidad prestataria hipotecaria que al cabo de tantos años pueda perder sus garantías hipotecarias para verlas sustituidas por fallidos, dada la concurrencia de una circunstancia (fecha de retroacción anterior a la constitución de la hipoteca) que, en bastantes ocasiones, es muy difícil, por no decir prácticamente imposible, detectar.

B) Desde una perspectiva finalista nos encontramos ante actos del quebrado consistentes en la constitución de préstamos hipotecarios que gravan los bienes del mismo, susceptibles de incorporarse a la masa de la quiebra, que se encuentren comprendidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario, esto es, «La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad».

La lectura del reproducido artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario plantea, a nuestro juicio, serias dudas acerca de la delimitación de las hipotecas protegidas por dicha Ley especial, toda vez que cuando se enumera el destino del dinero prestado, garantizado por la hipoteca afectada temporalmente por la retroacción, en un principio parece claro que se trata de préstamos para financiar la construcción en un sentido lato (ya sean viviendas, obras de urbanización, equipamiento social, etc ...), pero el precepto termina con un último inciso, cuando menos, enigmático «... y cualquier otra ... actividad» (9). Esa «cualquier otra actividad» puede ser interpretada en un doble sentido, ya como cualquier otra actividad de naturaleza constructiva o bien como cualquier otra actividad «lato sensu», al margen de la construcción (10). Por nuestra parte, nos inclinamos a entender que dado que se habla en

(9) Incluso refiriéndose también a «cualquier otra obra», señala MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 471, que dichas palabras finales del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario «... presentan un área de indeterminación en las actividades a que se pueden dedicar los préstamos del mercado hipotecario». Ya anteriormente, Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 576, atisbaba los problemas interpretativos que dicha expresión «cualquier otra obra o actividad» iba a plantear, señalando que «... parece admitirse que el destino del préstamo hipotecario sea el de una actividad diversa de la inmobiliaria».

(10) *Vid.* la síntesis que hace MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 529-530, de las opiniones de José María DE PRADA, BENAVIDES DEL REY, DURÁN HERRERA y SANTILLANA DEL BARRIO acerca de la interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario, al considerar que dentro de la misma quedarán abarcados cualesquiera préstamos con garantía hipotecaria que, no destinados al consumo, se destinen a financiar cualquier obra o actividad.

la Ley de «obra o actividad», lo más coherente con la lógica interna de la Ley especial en que se inserta será pensar que debe tratarse de cualquier otra actividad constructiva del prestatario que constituye la hipoteca sujeta a la Ley especial. En este sentido, nos puede servir de iluminación la brevísima especie de Exposición de Motivos del Reglamento de Mercado Hipotecario, que dice «La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece una estructura completa para la financiación de **determinadas actividades ...**», donde se puede apreciar que se entiende que la finalidad de la norma es favorecer la financiación sólo de algunas actividades, no de cualesquiera actividades, como se derivaría de mantener una interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario, que atendiera más que a la finalidad del capital prestado a la propia naturaleza de la hipoteca constituida y de la entidad acreedora hipotecaria. Por su parte, MADRID PARRA (11) estudia el «ite» legislativo del artículo 4 en el trámite parlamentario, así como su inserción en la finalidad de la legislación especial del mercado hipotecario, para concluir en que mantener la interpretación abierta del tan citado inciso final del artículo 4 haría la norma totalmente superflua, aunque reconoce que luego, una vez que se hubiese hecho constar expresamente en la Escritura Pública de constitución de la hipoteca que el destino del dinero prestado sería la financiación de la construcción, el prestatario podrá dedicar el capital recibido a cualquier actividad, siendo muy difícil para la entidad prestataria controlar el destino de dicho capital prestado (ello consideramos que fuera del caso de las hipotecas, que destinadas a financiar la construcción, requieren para que el prestamista vaya realizando los sucesivos desembolsos del capital prestado la acreditación técnica de la ejecución de las distintas fases de construcción). Además, la práctica nos viene demostrando que, con frecuencia, hipotecas constituidas para obtener fondos destinados no a la inversión en construcción del prestatario, sino a cualesquiera otras finalidades comerciales del mismo se vienen sujetando expresamente por los contratantes (prestatario y entidad de las recogidas en el artículo 2 del Reglamento de Mercado Hipotecario) a la Ley de Mercado Hipotecario, con lo que es claro que la aplicación de la Ley, por sus indudables ventajas para las entidades prestatarias, se ha venido expandiendo fuera del cauce estricto de la construcción en sus diversas facetas. Todo ello nos plantea una duda en relación con la materia objeto de este trabajo, cual es la de si también estas hipotecas sujetas a la Ley especial, ya voluntariamente ya consecuencia de una interpretación laxa de la «cualquier otra actividad», gozarán también de la protección especial proporcionada por la Ley del Mercado Hipotecario frente a los acreedores del deudor prestatario quebrado, cuestión en la que hemos de llegar a la conclusión de que como los acreedores son terceros ajenos a los pactos

(11) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 530-534.

entre el deudor hipotecante, luego quebrado, y el acreedor hipotecario y dada la especialidad de la Ley del Mercado Hipotecario, frente a dichos pactos los acreedores del quebrado serán inmunes, aplicando la Ley del Mercado Hipotecario sólo cuando se cumplan expresamente sus requisitos.

El análisis finalista de la hipoteca cuya nulidad se pretendía en la Sentencia comentada no fue debatido, ni en la segunda instancia (*Vid.* Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992; Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido y López; «Revista-General del Derecho», n.º 576, septiembre 1992, pp. 8.932-8.935) ni en la casación que comentamos, aun cuando en la segunda instancia la Sección 113 de la Audiencia Provincial de Barcelona indicó que «... (la hipoteca debatida) no puede considerarse como una prórroga de la anterior hipoteca constituida en el año 1976, para el auxilio a la construcción de todo el bloque compuesto de las plantas antes citadas y 72 viviendas, sino como una novación (artículo 1.203 CC) al variar el objeto de la hipoteca y las condiciones de la misma ...», pero sin concretar si la finalidad (auxilio de la construcción) se había mantenido invariada. Para sostener la aplicación material de la Ley del Mercado Hipotecario hay que presuponer que tal finalidad se había mantenido en la hipoteca litigiosa, pues de lo contrario ya por ese motivo la hipoteca debería considerarse excluida de su «paraguas protector».

En la restante práctica jurisprudencial y registral la escasísima aplicación que se ha hecho del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario no arroja demasiada luz sobre su ámbito de actuación. Únicamente apuntar que en la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), si bien se invocó dicho precepto por el Registrador de la Propiedad Número 4 de Barcelona, considerando que la Ley del Mercado Hipotecario no se refería a todas las hipotecas constituidas a favor de las Entidades relacionadas en su artículo 2 (como pretendía el Letrado de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona»), sino «sólo a las incardinadas a la garantía de una remisión de títulos —artículos 1 y 5 de dicha Ley— y que en este caso no consta en su inscripción que la hipoteca se constituyese con sujeción a esa Ley especial», luego la DGRN no es rotunda en sus afirmaciones, pues se limita a decir que el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario «... enerva los radicales efectos del artículo 878.2 del Código de Comercio en cuanto a los préstamos hipotecarios otorgados por las Cajas de Ahorros ...», con lo que se podría defender una interpretación, forzada ciertamente, de admisión registral de una concepción amplia de las hipotecas especialmente protegidas por razón sólomente del acreedor hipotecario (entidad de las comprendidas en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria), de acuerdo con la literalidad, además, del artículo 10 de la tan citada Ley especial. Restrictiva fue, por contra, la posición mantenida en la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522), al excluir la aplicación de la legislación especial a una hipoteca constituida para hacer frente a una situación de efectos impagados.

Si subsumimos la concepción amplia de las hipotecas sujetas a la Ley especial del Mercado Hipotecario en su protección particular obtendremos que una parte sustancial de las hipotecas constituidas en la actualidad (que lo son a favor de las entidades descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) quedarían protegidas frente a la quiebra de los prestatarios, resultando prácticamente inoperante, en este importante campo, el período de retroacción de dicha quiebra. Lo cierto es que en la Sentencia comentada la Sala no ha prestado atención, por no haber sido planteado el debate, a la interesante cuestión de la finalidad de la hipoteca amparada por la Ley del Mercado Hipotecario.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario quedan también subsumidas en el mismo las hipotecas inmobiliarias constituidas con arreglo a los demás requisitos exigidos en la propia Ley y en contragarantía del aval prestado por alguna de las entidades ya referidas para garantizar la devolución de préstamos ajenos del prestatario que constituye tal hipoteca, de manera que si el prestatario cumple con su obligación frente a su prestamista, la hipoteca no llega a surgir, pues se considera que se trata de una hipoteca que garantiza una obligación futura (la que nacería frente al avalista) o sometida a una condición suspensiva (incumplimiento de la obligación del prestatario, cumplimiento del avalista y nacimiento, pues, de la hipoteca frente al avalista que cumplió, entidad financiera de las del artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario ya referido). Puntualiza además, SASTRE PAPIOL (12), que de conformidad con el artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, el préstamo al que sirve de cobertura el aval garantizado con la hipoteca sujeta a esta Ley especial, «... ha de ser “finalista” (artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario y 33.1 del Reglamento del Mercado Hipotecario) concedido por “cualquier intermediario financiero, promotor, constructor, persona o empresa, participe o no en el mercado hipotecario” (artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) —expresión más amplia que en el supuesto de concesión de préstamo hipotecario— y ha de tratarse de una operación de préstamo —y no de un “crédito” como se refiere el propio artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, a diferencia del artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario—».

C) Objetivamente, del antes señalado artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario podemos extraer que sólo se protegen especialmente las hipotecas inmobiliarias, quedando fuera de protección las hipotecas mobiliarias, navales o las constituidas como superposición de garantías de otras obligaciones ya existentes, como señala SASTRE

(12) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.719.

PAPIOL (13), basándose en que todas estas últimas no podrán servir de cobertura a la emisión de títulos en el mercado hipotecario, que regula la propia Ley del Mercado Hipotecario.

Tal condición objetiva concurre en la Sentencia analizada, toda vez que se trataba de una «... hipoteca referida a las fincas registrales números 23.403, 24.601, 24.602 y 24.603 del Registro de Tortosa ...».

De otra parte, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 26.1 del Reglamento, en redacción dada por el Real Decreto 1.289/1991, el importe del préstamo no puede superar el 70% del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, en cuyo caso el tope máximo del préstamo se eleva hasta un 80% del valor de tasación, tasación que deberá hacerse de conformidad con lo previsto en los artículos 38 a 40 del Reglamento del Mercado Hipotecario. Para el cálculo de tales porcentajes, como dice la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993, ya citada, habrá que atender exclusivamente al importe del préstamo, sin tener en cuenta las cantidades de las que responde la finca hipotecada, en concepto de intereses, costas y gastos.

El artículo 31 del Reglamento del Mercado Hipotecario excluye de la susceptibilidad de hipoteca los siguientes derechos sobre inmuebles y bienes inmuebles: derecho de usufructo, concesiones administrativas, derechos de superficie, pastos, aguas, leños y semejantes, edificios e instalaciones fuera de ordenación urbana sobre los que se hubieran autorizado obras de carácter provisional.

Finalmente, la hipoteca «per se» debe reunir los siguientes caracteres, que sintetiza SASTRE PAPIOL (14):

a) Debe ser primera hipoteca y recaer sobre la totalidad de la finca, posponiendo o cancelando antes de su constitución cualesquiera otras hipotecas, prohibiciones de disposición, condiciones resolutorias o limitaciones del dominio (artículos 5.1 de la Ley de Mercado Hipotecario y 27.1 de su Reglamento).

b) Si son varios los titulares de la finca o fincas-hipotecadas, la hipoteca deberá estar constituida por la totalidad de los comuneros, lo mismo que si fuesen varios los derechos integradores del dominio, en cuyo caso deberán intervenir todos los titulares de tales derechos, para que de esta forma la hipoteca recaiga sobre la totalidad de la finca (artículos 217 RH y 27.2 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

A propósito de la copropiedad de la finca hipotecada y la incidencia de posibles situaciones concursales en alguno de los copropietarios hipotecantes, en la Sentencia que nos ocupa se destaca, confirmando las

(13) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.718.

(14) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.720.

apreciaciones del Juzgador de instancia y de la Sala de apelación, el que las fincas hipotecadas habían sido propiedad en 2/3 partes de sujetos distintos al quebrado, quienes le habían transmitido dichas porciones con anterioridad a la constitución de la hipoteca controvertida.

Al tiempo, se aprovecha para, «obiter dicta», ratificar la doctrina de la instancia, en el sentido de que, aunque no hubiese ocurrido lo antes expuesto, «... la indivisibilidad del derecho de hipoteca, ... llevaría aparejada la nulidad de todo el contrato, si uno de los otorgantes es declarado inhábil para contratar ...».

Trasladando esta doctrina al ámbito de la Ley del Mercado Hipotecario, hemos de considerar que cuando se trate de una hipoteca constituida a su amparo será suficiente con la quiebra de uno de los hipotecantes y constitución fraudulenta por el mismo de tal hipoteca para que toda la hipoteca, dada su indivisibilidad, quede rescindida. Ahora bien, recordemos que tanto el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario como el artículo 25 de su Reglamento, contemplan la protección del tercero que no hubiera sido cómplice del hipotecante quebrado fraudulento, concepto de tercero del que, a nuestro juicio, debe excluirse al comunero cohipotecante no quebrado ni fraudulento, por no reunir tal condición de tercero respecto de la constitución de la hipoteca cuya rescisión se pretenda. Planteada la posibilidad de que se mantuviese la interpretación de que la condición de tercero se entendiese no respecto de la operación hipotecaria sino de la quiebra y fraudulencia en la constitución de la hipoteca por parte del comunero quebrado, habría que romper con la indivisibilidad de la hipoteca, rescindiendo la misma sólo respecto de la cuota del comunero quebrado fraudulento, interpretación que, a nuestro juicio, choca frontalmente con la indivisibilidad de la hipoteca consagrada en el artículo 1.860 CC, por lo que entendemos que debe rechazarse. Consideramos, por tanto, que la condición de terceros debe reservarse para los subadquirentes de buena fe, no sólo por aplicación de la protección registral del tercero hipotecario (artículo 34 LH), sino también por la general protección del tercero subadquirente de buena fe en el marco del ejercicio de la acción rescisoria.

c) La finca hipotecada debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad sin contradicción alguna y sin limitación por razón de inmatriculación o por tratarse de inscripciones practicadas con arreglo al artículo 298 RH (artículo 25.1 Reglamento de Mercado Hipotecario).

d) Una vez constituida la hipoteca, de existir bonos o participaciones hipotecarias no podrá ponerse en peligro la garantía mediante la posesión de la misma, sin tener consentimiento de los tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito. Tampoco podrán cancelarse voluntariamente las hipotecas, renunciar o transigir sobre ellas, novarlas, condonarlas o prorrogarlas y, en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito (artículo 25.3 y 4 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

Por último, para concluir con el análisis de los requisitos objetivos de estas hipotecas especialmente protegidas, señala SASTRE PAPIOL (15), siguiendo a MADRID PARRA, que no es necesario que se hubiesen emitido las cédulas, bonos o participaciones hipotecarias que pueden movilizar el crédito territorial para que devenga aplicable el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, la que estima que la emisión de títulos y la regulación de un mercado, primario o secundario, de los mismos es una forma de facilitar la obtención del capital necesario para conceder nuevos préstamos, así como porque el juego del artículo 10 se reduce a la quiebra del deudor hipotecante, sin extenderse a la quiebra de la Entidad hipotecaria emisora de los títulos ni a la del transmitente de los mismos en tal mercado.

Dejamos apuntada, además, otra interpretación más extensiva del ámbito de protección de los artículos 10 de la Ley del Mercado Hipotecario y 25.5 de su Reglamento de desarrollo, puesto que si atendemos a su literalidad observamos que sólo se establece una doble condición de aplicación de dicho precepto:

a) Que la hipoteca se encuentre inscrita. Hay que sobreentender que en el Registro de la Propiedad.

b) Que el titular de la hipoteca sea alguna de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario (entidades del artículo 2 de la Ley y Reglamento de Mercado Hipotecario).

Ahora bien, en ningún momento dice ninguno de los tan citados preceptos que las hipotecas deban cumplir los demás requisitos exigidos para que las mismas se consideren constituidas al amparo de la Ley del Mercado Hipotecario, pues hubiera sido muy fácil que el legislador hubiera dicho «Las hipotecas constituidas al amparo de la presente Ley ...», en lugar de «Las hipotecas inscritas a favor de ...», que es lo que dijo.

Es cierto que la subsunción de tales preceptos en el marco normativo especial del mercado hipotecario hace suponer que se está tratando de hipotecas sujetas a dicha legislación especial, pero no hay obstáculos que impiden expandir su aplicación a las hipotecas constituidas a favor de las Entidades autorizadas para intervenir en el mercado hipotecario, fuera del que se podría invocar de desigualdad en favor de tales acreedores hipotecarios, que difícilmente se justificaria al margen de los motivos (la finalidad) que condujeron a la aprobación de la tan citada legislación especial del mercado hipotecario.

(15) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, pp. 8.722-8.724, donde además analiza la situación especial de los tenedores de tales títulos frente a la entidad emisora de los mismos declarada en quiebra. Sobre la misma cuestión Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.173-1.174, donde dectaca la conversión de los tenedores de los títulos hipotecarios en acreedores ordinarios de la quiebra.

Así y todo, si analizamos, por ejemplo, el estudio que hace AGUSTIN MADRID PARRA (16), del artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, cuando se ocupa de los «elementos o requisitos» del supuesto de hecho del mismo, en ningún momento menciona que la hipoteca especialmente protegida deba reunir los requisitos de las hipotecas sujetas a la legislación especial del mercado hipotecario, sino simplemente que tal hipoteca esté inscrita a favor de las entidades emisoras de títulos hipotecarios.

En fin, es lo cierto que ni en la Sentencia comentada ni en la de segunda instancia también referida, objeto de casación, se ha hecho un análisis mínimamente detenido de la finalidad de la hipoteca cuestionada, aunque consideramos que ello se debió más que a privar de relevancia a dicha finalidad, al hecho de que se atendió a la cuestión temporal que determinó la inaplicación de la legislación especial.

Las consecuencias (17) que se extraen de esta nueva normativa cara a la retroacción de la quiebra son, pues, las siguientes:

a) Queda claro que la particular eficacia de la retroacción afectada por la Ley del Mercado Hipotecario, requiere una intervención judicial a instancia imprescindible de la Sindicatura de la quiebra, tal y como se confirma, a propósito de la retroacción del artículo 878.2 C. Com. no afectada por la Ley del Mercado Hipotecario, tácitamente en la Sentencia comentada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995, después de haber sido cuestión debatida y resuelta por la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. De resultar una hipoteca subsumida en la Ley del Mercado Hipotecario su impugnación precisa el ejercicio de la acción correspondiente por parte de los Síndicos de la quiebra, siendo el objeto de dicha acción no la nulidad sino la «impugnación» de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley dentro del período de retroacción.

Se despejan de esta forma, en este punto, las dudas que acerca de la operatividad directa de la retroacción como nulidad absoluta existieron desde GARRIGUES.

b) Es evidente que la retroacción no determina «per se» la nulidad de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley del Mercado Hipotecario dentro del período que medie de la fecha de retroacción a la declaración de quiebra, puesto que, aparte de que ni el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario ni, congruentemente, el artículo 25. 5 de su Reglamento de desarrollo, hacen en ningún momento referencia a nulidad de las mismas (a diferencia, recordamos, del artículo 878.2 C. Com.), sino que se refieren a su impugnación, se introduce el ele-

(16) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.168.

(17) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, p. 42. Más adelante p. 73, estima que la novedad del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario frente a su interpretación de la retroacción del artículo 878.2 C. Com., como acción de rescisión por fraude de acreedores con presunción del fraude, estriba en que la primera norma «... no supone más privilegio que el de considerar que en los casos de que se trata los requisitos necesarios para la aplicación de la sanción ex art. 878.2 del Código de Comercio no vienen aportados por la propia Ley, correspondiendo al Síndico la prueba de la concurrencia de los mismos».

mento determinante del éxito de tal impugnación: el fraude en la constitución del gravamen hipotecario, lo que supone, como señala muy gráficamente AGUSTÍN MADRID PARRA (18), que «... lo que hace el legislador de 1.981 es acumular al artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio el requisito del fraude, que con carácter general exige el artículo 1.111 del Código Civil para la acción pauliana». Para Sebastián SASTRE PAPIOL (19) el fraude puede consistir en la simulación o suposición de hipoteca o en que el gravamen no se constituya para las finalidades previstas y con las condiciones exigidas por la legislación del mercado hipotecario, en congruencia este último criterio con el de necesidad de subsunción de la hipoteca en el marco de la precitada Ley especial para gozar de la protección del artículo 10 de la misma.

Se hace, pues, abstracción de que nos encontremos ante una hipoteca perjudicial o no para la masa de acreedores, desplazándose el elemento decisivo hacia el fraude en la constitución de tal hipoteca, donde, a nuestro juicio, deben incluirse aquellos supuestos en los que la hipoteca se hubiera constituido para garantizar una deuda del luego quebrado con el acreedor hipotecario inferior a la que en realidad se hizo constar.

Por vez primera el Tribunal Supremo, que conozcamos, en la Sentencia comentada admite expresamente esta sustancial modificación legislativa en los efectos de la retroacción que supone la Ley del Mercado Hipotecario, aunque es cierto que lo hace muy tímidamente, pues dice: «Esta disposición (se refiere a la Ley del Mercado Hipotecario) viene a modificar en cierto sentido la legislación y la jurisprudencia mercantil, en la que la nulidad radical opera “ipso legis”, en estos supuestos de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra». A nuestro juicio, no es que se modifiquen «en cierto sentido» los efectos legales de la retroacción, sino que se modifican sustancialmente, al sustituir la nulidad de la dicción legal del artículo 878.2 C.Com. por una rescisión especial por fraude de acreedores («ex artículo» 1.291.3 CC). Ahora bien, entendemos que se trata de una rescisión especial en el sentido de que está prevista fuera del ámbito del CC, pero no en cuanto a que no se encuentre sometida a la regulación de la rescisión en nuestro CC y especialmente en lo que se refiere al sometimiento al

(18) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.168-1.169.

Crítico con la exigencia de la prueba del fraude se muestra Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ», Tomo III, «Civitas», Madrid, 1996, p. 3.506, pues «... ni siquiera se exige para el ejercicio de algunas de las acciones rescisorias concursales (v. expresamente, respecto de determinadas hipotecas, art. 880.4 C. de C.) y de la acción revocatoria general (v. art. 1.297 CC)», al tiempo que extrae como consecuencia de este requisito «... que no son aplicables a estas hipotecas las acciones rescisorias contenidas en los artículos 880.4, 881.5 y 882 del Código de Comercio, ni la acción revocatoria general, pues no parece lógico pensar que resulte más fácil rescindir una hipoteca constituida antes de la fecha de retroacción que una constituida con posterioridad.»

(19) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.727.

plazo de caducidad cuatrienal del artículo 1.299 CC (20). De esta forma, toda vez que tal plazo de caducidad tiene como «dies a quo» el momento de la realización del acto impugnado (en este caso la constitución de la hipoteca protegida por la Ley del Mercado Hipotecario cuya impugnación se pretendiera), los plazos de retroacción superiores a cuatro años —e incluso también los inferiores cuando los síndicos no actúen con diligencia y presteza— quedan por completo privados de eficacia respecto de las hipotecas constituidas con más de cuatro años de antigüedad anteriores al momento en que los síndicos de la quiebra ejerciten su correspondiente acción de impugnación o rescisión por fraude de acreedores. Otro criterio que se puede mantener para determinar el «dies a quo» del plazo cuatrienal de caducidad es el sostenido por MASSAGUER (21), para quien tal plazo comienza a computarse desde la toma de posesión del cargo por los síndicos del quebrado, dotándose de esta manera de una mayor eficacia a la acción rescisoria, con lo que se aparta de criterio tradicional en nuestra doctrina, ajustándolo, a nuestro juicio, a la lógica imposibilidad de los síndicos de accionar anteriormente a su toma de posesión. Pero, por nuestra parte, somos partidarios de la primera interpretación enunciada, pues actuando los síndicos en beneficio de la masa de acreedores y teniendo en cuenta que estamos ante una rescisión por fraude en la constitución de estas hipotecas durante el período de retroacción, no vemos porqué hay que hacer de mejor condición a los acreedores del quebrado que a esos mismos acreedores si, en ausencia de quiebra de su deudor, pretendiesen ejercitar una acción ordinaria de rescisión por fraude de acreedores, en cuyo caso el cómputo del plazo cuatrienal se inicia desde la realización del acto fraudulento. El daño a los acreedores se les habrá producido en el momento de conclusión del negocio fraudulento y no en el momento de declaración de la quiebra ni del nombramiento de los síndicos, que como el propio MASSAGUER (22) reconoce, son en este caso representantes de los perjudicados por el negocio del quebrado en fraude de acreedores.

(20) Vid. Luis Díez PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», I, «Introducción. Teoría del contrato», «Civitas», Madrid, 1993, p. 482 y II, «Las relaciones obligatorias», «Civitas», Madrid, 1993, p. 740.

Por lo que se refiere a la aplicación del plazo de prescripción cuatrienal del artículo 1.299.1 CC, en relación con el artículo 37.3 LH, respecto de la acción rescisoria general susceptible de ejercitarse por los síndicos de la quiebra con carácter subsidiario, esto es, cuando no les sea posible el ejercicio de ninguna de las acciones rescisorias concursales, Vid. Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca...», ... *ob. cit.*, p. 3.505.

(21) Vid. José MASSAGUER, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, pp. 79-80, acogándose a una aplicación analógica del artículo 1.299.2 CC fuera de sus propios términos, y donde además fija como límite temporal la clausura del procedimiento concursal; le cita y sigue, Francisco VICENT CHULIÁ, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, 3.ª edición, «José M.ª Bosch, Editor», Barcelona, 1990, p. 885.

(22) Vid. José MASSAGUER, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, p. 68.

Anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, de forma aún más tímida reconoció que el mencionado artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario es la plasmación de la doctrina científica y jurisprudencial que había venido matizando el alcance de la retroacción con la exigencia de que los actos afectados por la misma fuesen perjudiciales para la quiebra —Vid. una reiteración más reciente de esta tendencia a la corrección del maximalismo del artículo 878.2 C. Com. en la Sentencia de la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 1996 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Eduardo Pérez López; «Revista General del Derecho» n.º 620, mayo 1996, pp. 5.678-5.679), frente a la radicalidad de la Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de diciembre de 1995 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón; «Revista General del Derecho» n.º 620, mayo 1996, pp. 5.812-5.813), que proclama que «tal nulidad es de carácter absoluto o de pleno derecho, produciendo efectos contra todos, con independencia de la situación de ignorancia o de buena fe en que se hallare el tercero»—, sosteniendo que «... buena prueba del giro que se está produciendo incluso en la «mens legis» es lo dispuesto en el artículo 10 por la Ley de 25 de marzo de 1981 (Ley 2/1.981) de Regulación del mercado hipotecario sobre el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 878.2.º del Código de Comercio, lo que nos impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil». A pesar de esa mayor timidez es lo cierto que dota de proyección a la Ley del Mercado Hipotecario fuera de su propio marco de aplicación, para considerar tal «mens legis» como un criterio interpretativo, «ex artículo» 3 CC, del artículo 878.2 C. Com. respecto de todos los actos de administración y disposición del quebrado en período de retroacción, en línea con la tesis defendida por VICENT CHULIA (23), que luego fue rebatida por el propio Tribunal Supremo, según ya hemos referido en nuestro trabajo ya citado al comienzo de este comentario.

En la «Jurisprudencia Menor» es aconsejable la consulta, en el mismo sentido, del Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Rafael Gi-

Se vuelve a utilizar la legislación especial del mercado hipotecario como «fundamento legal» en contra de la nulidad de todos los actos de dominio y administración proclamada en el artículo 878.2 C. Com., por parte de María José MASCARELL NAVARRO, «La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», «Revista General del Derecho» n.º 619, abril 1996, pp. 3.810-3.812, unido a criterios constitucionales de seguridad jurídica y evitación de la indefensión, cara a reconducir el artículo 878.2 C. Com., a la luz del artículo 1.366 LEC, a un supuesto de rescisión con especialidades: necesidad de previa declaración de quiebra, limitación a los actos de dominio y administración en período de retroacción, ausencia de carácter subsidiario, legitimación activa sólo de la masa pasiva de la quiebra actuando por medio de los Síndicos, suficiencia del concurso objetivo de un perjuicio.

(23) Vid. Francisco VICENT CHULIÁ, «Introducción ... ob. cit., p. 670.

meno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043) —con su importante referencia a la Disposición Adicional Séptima-2 de la Ley 3/1994 (Aranzadi 1.994/1.094)— y de la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1994 («Actualidad Civil» 1995/1.284).

c) Se establece con claridad y rotundidad la protección del tercero de buena fe, entendiéndose en este sentido la buena fe como la ausencia de participación en el fraude.

Dentro de estos terceros de buena fe cabe incluir, por ejemplo, a los tenedores de los títulos hipotecarios o a los adquirentes de los bienes hipotecados en virtud de la subasta llevada a efecto en la ejecución de la hipoteca constituida dentro del período de retroacción.

Respecto de los tenedores de los títulos hipotecarios señala SASTRE PAPIOL (24), siguiendo a MADRID PARRA (25), que su protección se limita a los mecanismos de restablecimiento de la proporción previstos en los artículos 18 de la Ley y 60 del Reglamento de Mercado Hipotecario.

d) No hay duda de que la quiebra frente a la que resulta, en principio, inmune la hipoteca inmobiliaria, no fraudulenta y sujeta a la Ley especial, es la del hipotecante, pues además así lo establece literalmente el artículo 25.5 del Reglamento de Mercado Hipotecario, integrando la laguna que en este punto presentaba el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario. SASTRE PAPIOL (26) extiende el ámbito de la Ley de Mercado Hipotecario a la quiebra del que transmitió la finca al hipotecante, si bien en tal caso, como el propio autor reconoce, la protección al acreedor hipotecario vendría dada ya por su condición de subadquirente, en aplicación del artículo 34 LH.

A juicio de MASSAGUER FUENTES (27), en la doctrina, dicha regulación especial del Mercado Hipotecario debe ser en la actualidad extendida a todos los actos realizados por el quebrado dentro del período de retroacción, como ya hemos citado, en aras del respeto al derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, con lo que hoy estaríamos configurando, en todo caso, la acción de retroacción como acción de rescisión por fraude de acreedores.

(24) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, pp. 8.724-8.725.

(25) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 477-479, y pp. 1.170-1.172, donde señala con detalle los problemas que se pueden derivar para los tenedores de los títulos hipotecarios como consecuencia de la nulidad por fraude de la hipoteca de cobertura, que incluso puede arrastrar a la quiebra de la entidad emisora.

(26) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.721.

(27) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, pp. 66-67, haciendo notar, p. 73, que la diferencia entre el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario y el artículo 878.2 C. Com. estriba en que «... en los casos de que se trata los requisitos necesarios para la aplicación de la sanción ex art. 878.2 del Código de comercio no vienen aportados por la propia Ley, correspondiendo al síndicos la prueba de la concurrencia de los mismos».

Esa propuesta de José MASSAGUER FUENTES ha alcanzado plasmación práctica, por vez primera en nuestra Jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647) —calificada de «muy interesante» en el «Manual de Derecho Mercantil», Manuel BROSETA PONT, 10.^a edición, «Civitas», Madrid, 1995, p. 751; por su parte, José Antonio GARCIA-CRUCES GONZALEZ, «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENENDEZ», Tomo III, «Civitas», Madrid, 1996, pp. 3.573-3.574, valoró muy positivamente esa Sentencia, atisbando en la misma, junto con una anterior de 12 de marzo de 1993, ya analizada por nosotros también, una nueva doctrina jurisprudencial, que, como ya expusimos en nuestro «La retroacción ...», no se vio confirmada posteriormente, tal y como reconoce también Emilio BELTRAN SANCHEZ, «Hipoteca ...», ... *ob. cit.*, p. 3.499, Nota (67), con cita igualmente de las Sentencias de 11 de noviembre de 1993 y 20 de octubre de 1994, tras mostrar su conformidad con la doctrina de las primeras Sentencias y especialmente con la prevalencia del artículo 34 LH (protección del tercero registral) sobre el artículo 878.2 C. Com.— que, además, es, como dijimos, la primera Sentencia del Tribunal Supremo que cita en esta materia el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. Anteriormente, encontramos referencias a la posible aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario en la defensa de su nota de calificación por el Registrador de la Propiedad Número 2 de Almería, que dio lugar a la Resolución DGRN de 14 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.320), sin que se ocupase de tal argumentación la DGRN, y ya en el cuerpo, incluso en el Fundamento de Derecho independiente (el Tercero), de la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1.991/3.146), aunque no lleva a efecto su aplicación práctica, que remite al Juicio en el que se pudiera discutir la validez de una hipoteca otorgada dentro del período de retroacción del deudor hipotecario.

A pesar de todo lo expuesto, en el caso resuelto por la comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 no se pudo aplicar la Ley del Mercado Hipotecario porque, siendo la misma de 25 de marzo de 1981, la hipoteca debatida había sido constituida el día 15 de noviembre de 1979. Aplicando la Sala los artículos 9 de la Constitución y 2.3.º CC, se niega eficacia retroactiva a dicha Ley, toda vez que la misma no prevé expresamente tal eficacia retroactiva, al tiempo que, siendo favorable para la entidad hipotecante, es restrictiva de los derechos del resto de los acreedores de la masa, quienes, por su aplicación, se ven privados de eliminar cargas de los bienes integrantes de la masa de la quiebra. Ahora bien, debe quedar suficientemente claro que la fecha decisiva a los efectos de la aplicación temporal de la Ley de 25 de marzo de 1981 debe ser la fecha de constitución de la hipoteca (esto es de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad) y no la de la retroacción, que siendo anterior a la de la entrada

en vigor de la Ley de 25 de marzo de 1981, a nuestro juicio en nada empece a la aplicación de la misma a las hipotecas posteriores.

Por su parte, Sebastián SASTRE PAPIOL (28) añade otra consecuencia de esta regulación especial en relación con la incidencia que en la misma presenta la retroacción de la quiebra del deudor hipotecante, cual es la de que podrá iniciarse la ejecución sumaria de la hipoteca aunque ya se hubiese declarado la quiebra del deudor hipotecante y señalado la fecha de retroacción en un instante anterior al de formalización de dicha hipoteca.

Destacar, por último, que, como señaló MADRID PARRA (29), el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario es una especie de faro que guía la futura regulación de la reintegración de la quiebra en nuestro Derecho Concursal, como de hecho ocurrió en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, como sigue ocurriendo en la propuesta de Anteproyecto de 12 de diciembre de 1995 y como esperamos que ocurra con la Ley que en su día, confiemos que no tarde mucho una vez casi completada la reforma de nuestro Derecho Societario con el reciente nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 (B.O.E. de 31 de julio de 1996), se apruebe para regular de nuevo esta materia.

(28) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.726.

En contra, Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca ...», ... *ob. cit.*, p. 3.506, pues considera que estamos ante una derogación, para un supuesto particular, del artículo 878.2 C. Com.; igualmente se niega a reconducir el artículo 878.2 C. Com. a un supuesto de rescisión por fraude de acreedores, José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Notas ...», ... *ob. cit.*, p. 3.568, al tiempo que también califica la LMH de norma sectorial que excluye la nulidad radical y absoluta.

(29) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.172-1.173.

Embargo de bienes gananciales por deudas
de un cónyuge
(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera
del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994,
RAJ 2946)

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Becaria de investigación
Area de Derecho Procesal
Universidad Carlos III

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO. II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. IV COMENTARIO. 1. **La deuda contraída por un cónyuge ha de reputarse privativa mientras no se demuestre lo contrario.** 2. **Cauce procesal oportuno para que el cónyuge no deudor haga efectivo el derecho que le reconoce el art. 1373 del CC.** 2.A. *Crítica de los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar el cauce de la tercería de dominio.* 2.A.a. El derecho que tiene cada cónyuge para defender la parte que le corresponde en la sociedad conyugal no es incompatible con la naturaleza jurídica de la misma. 2A.b. La LEC no exige que el tercerista tenga un dominio exclusivo y excluyente sobre el bien embargado. 2.A.c. El TS fundamenta de manera errónea e insuficiente que el cónyuge no deudor no tenga carácter de tercero en estos supuestos. 2B. *Procedimientos alternativos a la tercería de dominio.* 3. **Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el caso de que el cónyuge no deudor se oponga al embargo de bienes comunes.**

I. SUPUESTO DE HECHO

La cuestión litigiosa tiene su origen en la suscripción por Antonio S.P. de un aval frente a la Caja de Ahorros Provincial de Albacete, afianzan-

do una deuda contraída por sus hermanos. Para el cobro de tal deuda la entidad acreedora formuló juicio ejecutivo e instó el embargo de dos viviendas y un local comercial pertenecientes a la sociedad de gananciales. Tras notificarse la citación de remate y el embargo a la esposa de deudor, ésta compareció ante el Juzgado, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes por la parte que en los mismos correspondiera al cónyuge deudor en la sociedad conyugal. El Juzgado acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenando a la compareciente la liquidación de la misma. Sin embargo, la esposa no procedió a practicar la ordenada liquidación y dos años más tarde formuló demanda de tercería de dominio con el fin de alzar el embargo trabado sobre el acervo común. La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero en apelación fue desestimada y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Dada la íntima relación que guardan entre sí los dos motivos del presente recurso, el primero orientado en denunciar la interpretación errónea del artículo 1373 del Código Civil, y el segundo referido a la doctrina jurisprudencial de esta Sala en orden a la naturaleza de la acción de tercería de dominio, resulta conveniente hacer el estudio de los mismos de una forma conjunta.

La cuestión litigiosa tiene su origen remoto en la suscripción, por el marido de la recurrente don Antonio S. P., de un aval afianzado, frente a la «Caja de Ahorros Provincial de Albacete», una deuda contraída por sus hermanos don Ricardo y don José María. Para el cobro de tal deuda, la entidad acreedora formuló demanda de juicio ejecutivo, tramitado bajo el núm. 157/1987 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete, en el que se acordó la práctica del embargo correspondiente sobre dos viviendas y un local comercial, adquiridos a nombre del marido, pero pertenecientes a la sociedad de gananciales del matrimonio de la recurrente. Notificada a esta última la citación de remate y el embargo de los bienes con fecha 15 de junio de 1988. Doña Elia N. compareció ante el Juzgado dos días después alegando la opción que autoriza el artículo 1373 del Código Civil, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes, por la parte de los mismos que ostentase el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. El Juzgado aplicando el contenido de tal disposición, acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenándole a la compareciente que debía proceder a su liquidación, y que, en garantía cautelar del crédito del acreedor, se procediese a la anotación del embargo trabado en el Registro de la Propiedad.

No consta que, hasta la fecha, se haya procedido a practicar la ordenada liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, utilizando alguna de las formas legalmente autorizadas. Sí en cambio se abando-

na esta vía procesal, y dos años después se inicia la presente demanda de tercería de dominio con fecha 26 de febrero de 1990.

SEGUNDO.— Puesto que ante un procedimiento de tercería de dominio nos encontramos, bueno será recordar la doctrina jurisprudencial que sobre la materia tiene consolidada esta Sala, empezando por reconocer que en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo de bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda ejecutada, excluyéndoles de la vía de apremio; lo que supone, como exigencia ineludible, contemplar si el accionante tiene la condición de tercero y de dueño de los bienes. En materia de bienes conyugales, tiene también dicho la Sala que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos, para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la ley o de sus legítimos intereses (Sentencias entre las más recientes de 26 y 29 septiembre 1986 [RJ 1986, 4790 y 4923], 4 de febrero, 13 de julio y 26 de septiembre 1988 [RJ 1988, 5992 y 6859], 19 de julio 1989 [RJ 1989, 5727] 6 y 12 de junio de 1990 [RJ 1990, 4740 y 4754] y 4 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1652]).

TERCERO.— El procedimiento que contempla el artículo 1373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitando por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1373.1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y

consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado.

La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable, para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en al sustitución que autoriza el debatido artículo 1373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva taba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad al cónyuge deudor, que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1068, según la remisión del artículo 1410, todos del Código Civil.

Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1373 «si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación», con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado.

CUARTO.— En el caso de autos, la comparecencia de doña Elia N. en el juicio ejecutivo núm. 157/1987 dio lugar a la Resolución de fecha 17 de junio de 1988, en la que se acordaba la disolución de la sociedad de gananciales, y se le ordenaba a la compareciente que efectuara la liquidación de la misma; mandato y actividad que no ha llegado a tener efecto, y aunque hubiera sido de desear que en la citada resolución se hubiera fijado un plazo, el transcurso de casi dos años de inactividad por parte de la recurrente presupone el abandono de la vía procesal del

artículo 1373 del Código Civil, ante la evidente voluntad de que no aparezcan identificados los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que habrían de servir como sustitutos de los comunes embargados, facilitando con ello la realización efectiva del crédito de la entidad acreedora.

Iniciada la vía de la tercería de dominio, y permaneciendo en la actualidad sin liquidar la sociedad, y por tanto no determinados los bienes que corresponden a cada uno de los cónyuges, esta indeterminación indica, como ya se ha expuesto, que la esposa sólo tiene un derecho expectante sobre los pertenecientes a la sociedad de gananciales que se embargaron, situación que no la legitima para entablar la presente tercería de dominio, ya que carece de la cualidad de tercero, indispensable en esta clase de acción.

QUINTO.— Aunque las argumentaciones contenidas en la sentencia recurrida no coinciden con las que aquí se acaban de exponer, el resultado final del fallo debe ser el mismo, por lo que, según jurisprudencia de esta Sala, es procedente declarar la desestimación de los motivos y del recurso en su integridad, con la preceptiva condena en costas de la parte recurrente (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VOTO PARTICULAR

Que formulan el Excmo. Sr. Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Magistrado que suscribe discrepa de la sentencia de la mayoría, aunque debe hacer constar ante todo el máximo respeto y acatamiento de la misma y que su discrepancia no es contra el fallo desestimatorio del recurso, que acepta, sino contra su fundamentación jurídica.

Y ello porque la sentencia entra a conocer de los motivos de casación, cuando en mi opinión, la misma demanda de tercería se debería haber inadmitido a trámite; no se hizo y, lógicamente, hay que rechazar el recurso de casación contra su desestimación.

En efecto, la vía de tercería de dominio no puede prosperar, pues: A) Doña Elia N. no recurrió la resolución del Juez de 1.ª Instancia que, en atención al ejercicio de la facultad que le confiere el art. 1373 LECiv, consideró disuelta la sociedad de gananciales «sin perjuicio de anotar el embargo en el Registro de la Propiedad como medida cautelar de garantía del crédito del acreedor». Al no recurrir esta resolución se conformó con esa anotación de embargo sobre los bienes comunes hasta la

liquidación de la sociedad conyugal. En el «suplico» de la demanda de tercería se pide, entre otras cosas, justamente lo contrario, lo que es una conducta que va contra sus propios actos, contraria a la buena fe procesal; B) Doña Elia N. no puede ejercitar la presente tercería de dominio porque el art. 1373 LECiv es un precepto que está pensado precisamente en sustitución de aquella vía.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión planteada en esta sentencia es de suma trascendencia práctica, ya que con cierta frecuencia por deudas contraídas por un consorte se embargan bienes gananciales y el cónyuge no deudor no sabe exactamente el medio procesal adecuado para alzar la traba sobre su participación en el acervo común.

La raíz del conflicto se encuentra en que nuestra legislación procesal no prevé ningún mecanismo específico para estos supuestos, porque aunque el art. 1373 del CC parece referirse a tales situaciones, dicha norma sustantiva no tiene correspondencia en el ámbito procesal.

El TS en su jurisprudencia, tampoco da respuesta alguna a este problema y se limita, en la mayoría de los casos, a rechazar como cauce adecuado la tercería de dominio, remitiendo al cónyuge no deudor a otros procedimientos sin especificar a cuáles.

IV. COMENTARIO

1. La deuda contraída por un cónyuge ha de reputarse privativa mientras no se demuestre lo contrario

Prima facie, es necesario destacar que para que entre en juego el art. 1373 del CC la deuda debe ser privativa de un cónyuge, pues como bien es sabido no toda deuda contraída por un consorte tiene necesariamente este carácter. Además, como reiteradamente viene afirmando la DGRN (1), en nuestro ordenamiento civil no rige una presunción de ganancialidad pasiva.

(1) RRDGRN de 24 de septiembre de 1987 (RAJ 3572), 28 de octubre de 1987 (RAJ 7664), 18 de marzo de 1988 (RAJ 2560), 4 de junio de 1991 (RAJ 4518).

A favor de la existencia en nuestro ordenamiento civil de una presunción de ganancialidad pasiva se pronuncia minoritariamente: ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S. «Los límites de la responsabilidad ganancial». A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1989. P. 162. Según este autor sería absurdo que respecto de los bienes o activo existiera una presunción de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo la presunción fuera la contraria, ya que donde hay la misma razón han de aplicarse los mismos principios.

En nuestra opinión, es el acreedor quien debe probar que un determinado débito contraído por un cónyuge tiene carácter ganancial (2), para lo cual será necesario que demande a ambos consortes, ya que sería injusto que esta cuestión se discutiera sólo entre el cónyuge deudor y el acreedor, siendo que el otro cónyuge también está interesado, pues el acervo común también le pertenece. De esta forma se da plena efectividad a los principios de audiencia y contradicción reconocidos en el art. 24 de la CE. Si el acreedor no dirige la demanda contra ambos consortes sólo resultará condenado, en su caso, el demandado y por lo tanto la sentencia se tendrá que ejecutar como si se tratara de una deuda privativa de éste, aunque realmente la deuda sea ganancial. Además en virtud del principio de legitimación y tracto sucesivo la demanda conjunta resulta obligada si se pretenden embargar bienes inmuebles gananciales, por considerarse que la deuda es de naturaleza consorcial (art. 144.1 del RH) (3). Nos parece criticable que la doctrina de la DGRN haya marcado una línea de actuación poco respetuosa con la dicción literal del art. 144.1 del RH y considere suficiente, para anotar el embargo sobre bienes inmuebles gananciales —a causa de una deuda común contraída por un cónyuge— que la demanda se notifique al consorte que no contrajo el débito (4). Sin duda, tanto la DGRN como la mayoría de la doctrina (5) han optado por defender esta tesis movidos por las

(2) Cfr. BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Ed Bosch. Barcelona 1993, p. 474, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Ed. Lex Nova. S.A. Valladolid. 1991. p. 433, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Ed. Tecnos. Madrid. 1987. p. 35, TORRALBA SORIANO, V. *De la sociedad de gananciales. Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. p. 1750.

Otros autores estiman por el contrario, que corresponde a los cónyuges, o al menos al cónyuge del deudor, acreditar el carácter privativo de la deuda: Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986». CCJC. Sep-dic. 1986. P. 4015, FERNÁNDEZ VILLA, J. «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1369 del Código Civil». ADC. Ed. Ministerio de Justicia. T. XLVI. p. 731, ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites...», *op. cit.*, p. 161.

(3) TORRALBA SORIANO, V. *De la sociedad de gananciales.. op. cit.* p. 1748. «Probablemente el criterio del Reglamento se justifica en que, siendo la deuda ganancial, el otro cónyuge ya no puede pedir la sustitución del embargo a que se refiere el art. 1373 del CC en su apartado primero. Por ello es lógico que el carácter ganancial de la deuda quede claramente establecido a través de la propia demanda dirigida contra los dos cónyuges». BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero...*, *op. cit.*, p. 515. Este autor defiende que la demanda contra el cónyuge que no ha contraído la deuda no puede tener como pretensión que éste sea condenado al pago, debiendo responder incluso con sus bienes privativos, sino que lo que ha de perseguir es que dicho cónyuge intervenga para discutir si el débito es o no ganancial.

(4) RRDGRN de 28 de marzo de 1983 (RAJ 1662), 15 de abril de 1983 (RAJ 2266) 27 de mayo de 1986 (RAJ 3045), entre otras.

(5) Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986». *op. cit.* p. 4014, FERNÁNDEZ VILLA, T. «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 741. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución ... op. cit.* p. 188, RIFA SOLER, J.M. *La anotación preventiva de embargo*. Ed. Montecorvo S.A. Madrid. 1983. p. 382 y ss.

dificultades que supone demandar en un juicio ejecutivo al cónyuge que no contrajo el débito, pues estando el documento suscrito tan sólo por un consorte, el resultado sería siempre el mismo: absolucón del otro conyuge. Sin embargo, en nuestra opinión, no es necesario transgredir el tenor literal del párrafo primero del art. 144.1 del RH (que exige demandar a ambos cónyuges para anotar el embargo sobre bienes comunes en caso de deudas gananciales) pues no es éste el que se aplica cuando una deuda es reclamada en un juicio ejecutivo, ya que en estos casos entra en juego el párrafo segundo del art. 144.1 (que relativo a deudas privativas, exige para el embargo de bienes gananciales tan sólo la notificación al otro cónyuge). Ya que toda deuda contraída por un cónyuge debe reputarse privativa, mientras no se demuestre lo contrario y como en los juicios ejecutivos no existe trámite oportuno para poder probar la ganancialidad de la deuda, las deudas que consten en un título ejecutivo extrajudicial firmado por un consorte deben reputarse *ad extra* privativas, aunque en la relación interna, sean comunes.

El embargo de bienes gananciales a causa de deudas privativas de un cónyuge deberá ser notificado al otro inmediatamente, siendo oportuno que se indique un plazo para que el cónyuge no deudor ejercite, en su caso, la facultad que le concede el art. 1373 del CC. Es criticable que este precepto no establezca ningún plazo concreto (6) por ello deberá ser el Juez el que en cada caso señale un plazo prudencial.

Si la notificación no hace mención alguna en cuanto al plazo, lo lógico es admitir la posibilidad de que el cónyuge no deudor comparezca ante el Juez ejecutor solicitando un pronunciamiento expreso. Se ha afirmado por la doctrina (7) que dicha comparecencia podrá efectuarse en el término de tres días a contar desde el siguiente a la notificación (por analogía con el plazo concedido por el art. 1461 de la LEC para que se persone el demandado que quiera anunciar la oposición al juicio ejecutivo) y que si el notificado no comparece quedará firme el embargo sobre los bienes gananciales. A nuestro juicio, resulta arriesgado defender esta tesis ya que no tiene base legal alguna y supone aplicar por analogía una norma que lejos de beneficiar, perjudica al cónyuge no deudor, pues éste puede ver truncada cualquier posibilidad de defensa de su participación en los bienes gananciales, por el mero hecho de que el Juez ejecutor no le haya notificado el plazo concreto para el ejercicio de sus derechos.

(6) A diferencia de la Ley 85 de la Compilación de Navarra (donde se establece un plazo de 9 días) o el art. 102 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (donde el plazo es de 15 días).

(7) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* pp. 205 y 237.

2. Cauce procesal oportuno para que el cónyuge no deudor haga efectivo el derecho que le reconoce el artículo 1373 del CC

Es ciertamente problemático el cauce procesal oportuno para hacer efectivo el art. 1373 del CC, y esto ocasiona gran inseguridad jurídica, e incluso situaciones de auténtica indefensión, pues un cónyuge no tiene por qué soportar sobre su participación en el acervo común un embargo ocasionado por una deuda que él no ha contraído, aunque sí su consorte, pero la cualidad de deudor no se transmite a consecuencia de los lazos matrimoniales.

2.A. Crítica de los argumentos esgrimidos por el TS para rechazar el cauce de la tercería de dominio

Viene siendo habitual que en estos casos el cónyuge no deudor pretenda hacer valer sus intereses en el acervo común interponiendo una tercería de dominio, sin embargo el TS suele considerar inadecuado dicho cauce procesal.

A nuestro juicio, no le falta razón al citado Tribunal para rechazar en estos supuestos dicha vía, sin embargo las argumentaciones que como cláusula de estilo ha venido reproduciendo en sucesivas sentencias, nos parecen del todo equivocadas.

Así el TS estima que durante el matrimonio la sociedad de gananciales no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del CC al faltar por completo el concepto de parte proporcional característica de la comunidad de tipo romano, pues antes de la disolución y liquidación de la sociedad cada cónyuge no tiene sino un derecho expectante que no le legitima para entablar una tercería de dominio, ya que no se puede considerar que tenga la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción y además tampoco ostenta la propiedad exclusiva de los bienes en litigio.

A continuación vamos a analizar los citados argumentos, exponiendo las razones por las que nos parecen desacertados:

2.A.a. El derecho que tiene cada cónyuge para defender la parte que le corresponde en la sociedad conyugal no es incompatible con la naturaleza jurídica de la misma

La naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido muy discuti-

da (8), si bien con base en ciertas resoluciones de la DGRN se inició una clara tendencia hacia la consideración de dicha sociedad como una comunidad de tipo germánico. Concretamente, con algunas que la precedieron (9), fue la Resolución de 30 de junio de 1927 la primera que de manera clara, consolidó esta teoría.

Entre la doctrina científica desde que CASTAN (10) sostuvo la tesis de la comunidad germánica, la mayoría de los autores siguieron esta concepción. De todos modos, tras la reforma del Código Civil de 13 de julio de 1981 la doctrina ya no se muestra tan conforme con los postulados que consideran a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico (11), pues contradice, en cierto modo, la legislación vigente: que posibilita que un cónyuge ejercite derechos actuales, que contiene una gran amplitud de supuestos de disolución de la sociedad conyugal y que en muchos preceptos reconoce implícitamente la idea de cuota. En el propio art 1373 del CC, al posibilitar que por una deuda privativa se traben bienes comunes, se está pensando en que el cónyuge deudor tiene una titularidad actual sobre la mitad de cada uno de los bienes gananciales, por ello es incoherente que se considere que a efectos de embargo la titularidad del cónyuge deudor sobre los bienes gananciales es actual, pero que se deniegue la condición de propietario al otro cónyuge a efectos de entablar una tercera de dominio.

A nuestro juicio y sin querer entrar nuevamente en la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, estimamos que cada consorte tiene derecho a defender su participación en la sociedad conyugal (aunque se trate de una cuota ideal) siendo criticable que el TS apele a una discutida concepción de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico para hacer inefectivas las garantías que el art. 1373 del CC concede al cónyuge no deudor en el caso de que por deudas privativas de su consorte se embarguen los bienes gananciales (12).

(8) Véase en relación a las diversas teorías en torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales: CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español y foral*. Tomo Quinto. Derecho de familia. Duodécima edición. Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid. 1994. p. 401 y ss, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*. T. IV. Derecho de familia. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1983, p. 129, HERNÁNDEZ ROS «Naturaleza de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición ¿cuándo se transfieren a la mujer? RDP, 1943, p. 507 y ss.

(9) RRDGRN de 17 de noviembre de 1917, 12 de mayo de 1924. entre otras.

(10) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1929. p. 226 y ss.

(11) Cfr. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1992. p. 37, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* p. 45. MAGARIÑOS BLANCO, V., «Sociedad de gananciales y sociedad civil». A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. Madrid. 1989, p. 305 y ss., GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad... op. cit.*, p. 77 y ss., ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «Los límites...» *op. cit.*, p. 163 y en «La comunicación ganancial» A.A.S.N. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. 1988, p. 143.

(12) Cfr. PUIG BRUTAU, J. «Tercera de dominio sobre los bienes gananciales». *RDP*, T. XLVII. 1963. p. 434. Este autor ya defendió hace tiempo: «una cosa es que la mujer no tenga una cuota determinable en unos bienes comunes y otra que por ello no pueda tener interés legítimo y por tanto derecho de acción para sostener que tales bienes no responden de las obligaciones ajenas a la comunidad».

2.A.b. La LEC no exige que el tercerista tenga un dominio exclusivo u excluyente sobre el bien embargado.

No es correcto rechazar la demanda de tercería de dominio en estos supuestos, con el argumento de que el cónyuge no deudor carece del dominio exclusivo y excluyente sobre el bien. Carece de toda lógica y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que se deniegue legitimación a una persona para interponer una tercería de dominio por el mero hecho de compartir la titularidad de un bien, pues la LEC sólo exige que el tercerista sea propietario (art. 1532 de la LEC) pero nada dice de que su dominio deba ser exclusivo y excluyente. Además, si se exige este requisito se puede llegar a contravenir el art. 1385.2 del CC que permite a cada cónyuge por separado ejercitar la defensa de sus bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción, ya que se estaría imposibilitando que un cónyuge por sí solo interpusiera una tercería de dominio para alzar la traba de un bien ganancial al que hubiera sido embargado en un proceso de ejecución dirigido contra un tercero.

2.A.c. El TS fundamenta de manera errónea e insuficiente que el cónyuge no deudor no tenga carácter de tercero en estos supuestos.

En nuestra opinión es errónea e insuficiente la fundamentación en que se basa el TS para negar al cónyuge no deudor el carácter de tercero, aunque bien es cierto que tampoco compartimos la opinión sostenida por algunos autores (13) que mantienen que el cónyuge no deudor debe ser considerado tercero por el mero hecho de no haber contraído la deuda que dio origen al procedimiento y por no haber sido demandado en el mismo. A nuestro juicio, no sólo es tercero aquél que no contrajo el débito, sino que también es necesario que la ejecución no se haya dirigido contra él por considerar que el derecho material permite extender al mismo la responsabilidad de la deuda. El cónyuge no deudor tan sólo puede considerarse tercero, y por tanto legitimado para entablar una tercería de dominio, cuando los bienes comunes, cuyo embargo pretenda levantar, hayan sido trabados por error creyendo que eran privativos del deudor, pues si no ha existido error alguno y la afectación de los bienes gananciales se debe simplemente a que se considera que responden del débito, la sociedad conyugal ostenta la condición de parte ejecutada y el consorte cotitular de ella no puede ser

(13) Cfr. PALOMAR CHALVER, G. «El artículo 1373 del Código Civil y los posibles cauces procesales para el ejercicio de la facultad conferida en el mismo». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias Civiles*. p. 153, 154, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución...op. cit.* p. 206; y en «Comentario a la sentencia del TS de 20 de febrero de 1987» CCJC. N. 13. Enero-marzo. 1987. p. 4395, BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero...*, *op. cit.*, p. 538, SERRANO GARCÍA, J.A. *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*. JM. Bosch. Barcelona. 1992. p. 581.

considerado tercero, por ello debe servirse de los medios procesales a disposición de las partes para oponerse a la ejecución (14).

2B. *Procedimientos alternativos a la tercería de dominio*

Sería deseable que de *lege ferenda* el legislador regulara un procedimiento específico para hacer efectivo el derecho que le reconoce al cónyuge no deudor el art. 1373 de CC, ya que el TS rechaza como cauce procesal adecuado la tercería de dominio remitiendo al mismo tiempo al cónyuge no deudor a *otros procedimientos* sin especificar a cuales (15). Es criticable a la vez que sorprendente, que el citado Tribunal, en la sentencia que estamos comentando, establezca que el procedimiento que contempla el artículo 1373 del CC es un remedio sustitutivo de la acción de tercería de dominio, porque ante dicha afirmación no nos resta sino preguntarnos: ¿es que el art. 1373 del CC establece algún mecanismo procesal? La respuesta a esta pregunta es ciertamente conocida, aunque el TS parece haber olvidado que precisamente este precepto sustantivo no tiene un paralelo en el ámbito procesal.

Por lo demás, cabe esgrimir que, si bien remitir al cónyuge no deudor a un *juicio declarativo ordinario de la cuantía que corresponda*, puede parecer en un principio, la solución oportuna, a nuestro juicio esta vía es del todo impropia, ya que al no paralizarse la ejecución puede ocurrir que al término de dicho proceso el perjuicio producido sea irreparable o de muy difícil reparación.

Por ello, la doctrina ha propuesto otras soluciones alternativas. Así aparte de los que siguen defendiendo, en contra del TS que la vía adecuada es la *tercería de dominio* (BARRAL DIAZ (16), BELLO

(14) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. «Naturaleza y función de la tercería de dominio» *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. CGPJ. p. 328.

Este autor defiende acertadamente que cuando «los bienes gananciales han sido embargados por su condición de gananciales, clara está su titularidad y claro está que el juez ejecutor no ha cometido error alguno en el embargo; lo que ineludiblemente significa que la comunidad de gananciales es *de iure o defacto* ejecutado y desde esa condición (de ejecutado) debe la mujer (o el marido) oponerse a la ejecución cuando entiende que los bienes no responden pero en ningún caso es, ni la mujer ni la comunidad de gananciales «tercero» en esa ejecución pues se ha despachado directamente contra ella».

ARIAS LOZANO, D. *El recurso de casación en ejecución de sentencia*. Ed Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. 1994. p. 82.

(15) SSTS de 11 de abril de 1972 (RJ 1666), 21 de junio de 1982 (RJ 3434), 30 de octubre de 1983 (RJ 5846), 17 de diciembre de 1984 (RJ 6132), 2 de octubre de 1985 (RJ 4569), 26 de septiembre de 1986 (RJ 4790), 29 de diciembre de 1987 (RJ 9656), 13 de julio de 1988 (RJ 5992), 26 de septiembre de 1988 (RJ 6859), 19 de julio de 1989 (RJ 5727), 6 de junio de 1990 (RJ 4740), 12 de junio de 1990 (RJ 4754), 4 de marzo de 1994 (RJ 1652), 29 de abril de 1994 (RJ 2946).

(16) Cfr. BARRAL DÍAZ, M. «La responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros» *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales deformación CGPJ*. Madrid. 1993. p. 5 a 32.

JANEIRO (17), DE LA CÁMARA ALVAREZ (18), DELGADO ECHEVERRÍA (19), GUILARTE GUTIERREZ (20) RAMS ALBESA (21), REBOLLEDO VARELA (22)) hay quienes estiman que un medio adecuado puede ser la *mera comparecencia* ante el juez que ordenó el embargo, pidiéndole que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge no deudor en la sociedad conyugal (PEÑA BERNALDO DE QUIROS (23) RIVAS TORRALBA (24)). Otro sector doctrinal considera que el cauce oportuno es un *incidente de previo y especial pronunciamiento* (CARRASCO PERERA (25), FERNANDEZ VILLA (26) RAGEL SANCHEZ (27), SANCHO-ARROYO (28)).

Es preciso reseñar que en la sentencia que estamos comentando la recurrente opta en un principio por la vía de la comparecencia ante el Juez y el TS parece considerar adecuado dicho cauce al estimar que si la esposa no hubiera abandonado el mismo y se hubiera preocupado de instar la liquidación de la sociedad de gananciales —tal y como se le ordenó en la comparecencia— hubiera visto satisfechas sus pretensiones. La DGRN también parece apuntar esta vía en algunas de sus resoluciones, y así en la de 24 de septiembre de 1987 (RAJ 6572) y en la de 25 de marzo de 1988 (RAJ 2567) establece que el modo de impedir el embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge no debe ser el de forzar una precipitada disolución de la sociedad conyugal, adjudicando la mayoría de los bienes consorciales al cónyuge no deudor, sino *el de dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal*. De todos modos y aunque so-

(17) Cfr. BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero... op. cit.* p. 543 y ss.

(18) Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «El ejercicio de comercio por persona casada bajo el régimen de gananciales». AASN. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. p. 292.

(19) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Comentario a la sentencia del TS de 2 de julio de 1984». CCJC. N. 6. Sep-dic. p. 1941.

(20) Cfr. GUILARTE GUTIERREZ, V. *Gestión y responsabilidad... op. cit.* p. 541.

(21) Cfr. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales. op. cit.* p. 386.

(22) Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales». *La Ley*, p. 602.

(23) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *Derecho de familia*. Universidad Complutense. Madrid. 1989. P. 253 y en *Comentario del Código Civil*. Comentario del art. 1373. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones. Madrid. 1993. p. 706.

(24) Cfr. RIVAS TORRALBA, R. *Anotaciones de embargo II*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, pp. 175, 176.

(25) Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario a la sentencia del TS de 26 de septiembre de 1986» *op. cit.* p. 4012.

(26) Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, J. «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 742.

(27) Cfr. RAGEL SANCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* p. 210.

(28) Cfr. SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J. *Comentarios al Código Civil Compilaciones Forales*. Dirigidos por ALBALADEJO. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA. T. XXXIII. Vol. I. p. 511. Y en «Gestión y pasivo de la comunidad aragonesa». *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Segundos Encuentros*. Ed. Justicia de Aragón Zaragoza. 1993. p. 58.

mos conscientes que la *mera comparecencia ante el Juez* es el cauce que mejor encaja en el estricto tenor literal del art. 1373 del CC, a nuestro parecer es una vía demasiado simple para afrontar la complejidad de cuestiones que el citado precepto plantea, pues no tutela todos los intereses en juego y coloca en una situación de absoluta indefensión al ejecutante, al que ni siquiera se le da audiencia.

En cuanto al *incidente de previo y especial pronunciamiento*, sus defensores alegan que:

— Ofrece un conocimiento más detallado de las circunstancias concurrentes que el que se produce en una mera comparecencia ante el órgano judicial, en donde el Juez carece de la más mínima documentación o actividad probatoria.

— El demandante ve enjuiciada su pretensión de modo más rápido y efectivo que si se tramitara por las reglas del juicio declarativo.

— Al ser de previo y especial pronunciamiento, se sigue en la propia pieza, paralizando el curso de los autos principales (art. 744 de la LEC) con lo cual se consigue la misma finalidad suspensiva que se persigue con la *tercería de dominio*.

— La cuestión planteada tiene relación inmediata con el objeto del pleito (art. 742 de la LEC), ya que lo que el cónyuge no deudor pretende conseguir es una modificación del embargo.

— Se ofrece audiencia a ejecutante y ejecutado para que aleguen lo que convenga a sus derechos (art. 749 de la LEC).

De todos modos en contra de este mecanismo procesal puede esgrimirse que el art. 1480 de la LEC indica que: «En los juicios ejecutivos no se admitirán otros incidentes que los que nazcan de cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal». Además hasta sus propios defensores reconocen que esta vía es un tanto estrecha para dar satisfacción a todas las pretensiones que en estos supuestos se suscitan (29).

Por lo demás, consideramos que la *tercería de dominio* sólo se puede considerar un cauce adecuado cuando el juez embarga bienes gananciales o privativos del cónyuge no deudor, creyendo erróneamente que son propios del consorte que contrajo la deuda. Pues si se traban

(29) Cfr. SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J. «Gestión y pasivo ...». *op. cit.* p. 58. Este autor aunque defiende que el incidente de previo y especial pronunciamiento es el cauce adecuado para que el cónyuge no deudor haga valer sus derechos en el acervo común en el supuesto del art. 46 de la Compilación aragonesa (correlativo del 1373 del CC) reconoce que dicha vía resulta estrecha para articular todas las pretensiones, hacer valer todas las alegaciones, practicar la prueba pertinente y en definitiva, para que el derecho de defensa de la parte pudiera desenvolverse con toda su plenitud.

bienes gananciales sin error en cuanto a su naturaleza, y la equivocación tan sólo reside en estimar que estos determinados bienes responden de la deuda, el mecanismo procesal oportuno para alzar el embargo es, a nuestro juicio, *la oposición a la ejecución*. Ya que si el cónyuge deudor insta una tercería de dominio esta devendrá inútil (30), porque si basa la misma en que los bienes son consorciales; la sentencia que así lo reconozca no va hacer sino confirmar el embargo, pues la naturaleza de los bienes era conocida en el momento de la traba y precisamente el embargo tuvo su causa en considerar que los bienes, en tanto gananciales, respondían del débito. Por ello, en estos casos lo que procede es oponerse a la ejecución arguyendo que la misma se está extralimitando, por alcanzar a una persona (cónyuge no deudor) que no figura como responsable en el título ejecutivo. Esta pretensión, si bien tendrá difícil acomodo en los reducidos motivos de oposición del juicio ejecutivo, sí que será de fácil alegación en los procesos de ejecución de sentencia, en los que el cónyuge no deudor podrá servirse de los medios procesales de los que disponen las partes (31) para oponerse a la ejecución por infracción del contenido del título ejecutivo (arts 949.2 y 1687.2 de la LEC).

3. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el caso de que el cónyuge no deudor se oponga al embargo de bienes comunes

Otro de los problemas que en la sentencia que está siendo objeto de nuestro análisis se suscita, es el que surge si el cónyuge no deudor se opone al embargo de bienes comunes, pues en virtud del reiterado art. 1373 del CC se producirá la disolución de la sociedad conyugal (32).

Cabe preguntarse si dicha disolución se producirá automáticamente en el momento que el consorte no deudor ejercite el derecho de sus-

(30) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. «Naturaleza...», *op. cit.* p. 324.

(31) Un importante sector doctrinal considera «parte» en los procesos de ejecución de sentencias a aquellas personas que no habiendo sido demandadas en el proceso de declaración, del que la ejecución trae causa, sufren la actividad ejecutiva en su propio patrimonio, por considerarse que sus bienes también son responsables del débito: Cfr. ARIAS LOZANO, D., *El recurso de casación...*, *op. cit.*, p. 80; CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*. Ed. Bosch, Barcelona, p. 530; CARRASCO PÉREZ, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1986», *op. cit.*, p. 4011; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *La tercería de dominio*. Ed. Montecorvo, S.A. Madrid, 1980, p. 215 y 216. Y en «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 328; SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 285; FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., «La oposición a la ejecución». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. CGPJ. Madrid, 1992, p. 249.

(32) Tanto en el Proyecto de 4 de octubre de 1978, como en el de 14 de septiembre de 1979, el embargo de bienes comunes por deudas propias de un cónyuge conllevaba inexorablemente la disolución de la sociedad conyugal, sin embargo en la redacción definitiva del art. 1373 del CC se arbitra la solución de conceder al cónyuge la posibilidad de optar entre soportar el embargo del acervo común o bien exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge no deudor en la sociedad conyugal, y sólo en este último caso el embargo lleva consigo la disolución del consorcio.

titudin o si será necesario que recaiga resolución judicial motivada. La doctrina mayoritaria (33) se inclina por la primera opción, basándose en el tenor literal del art. 1373 del CC, sin embargo hay algún autor que estima que el citado precepto consagra una atípica vía de disolución del régimen de gananciales en un procedimiento que no había nacido con esa finalidad, y que por tanto es necesario que sea el Juez el que a la vista de las manifestaciones efectuadas por el cónyuge no deudor decida, mediante resolución judicial motivada, sobre la subsistencia o disolución del régimen económico matrimonial, pues de esta manera se evitan posibles abusos (34). Por nuestra parte estimamos que esta última opinión es bastante razonable, y *de lege ferenda* creemos que sería deseable, ahora bien *de lege lata* consideramos que si el cónyuge no deudor ejercita el derecho que le brinda el art. 1373 del CC, la disolución de la sociedad de gananciales ha de producirse *ope legis*, aunque bien es cierto que la misma puede parecer un poco precipitada e incluso desprovista de garantía, pues la verdad es que el supuesto que contempla el art. 1373 del CC no difiere mucho de algunos de los que contempla el art. 1393 del mismo Código, en los cuales es necesario que se inste la disolución (35).

Por lo demás, una vez disuelta la sociedad conyugal, será necesario que se lleve a cabo la liquidación de la misma, pues de otro modo no será posible dirigir la ejecución frente a una cuota sin liquidar (36), ya

(33) Cfr. RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*. *op. cit.* p. 388, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Sexta edición Tecnos. Madrid. 1992. p. 211. BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero...* *op. cit.* p. 567. FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales...». *op. cit.* p. 727, OLAVARRÍA TÉLLEZ, «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». *ASN*, Editorial Revista de Derecho Privado. EDESA, Madrid. 1989, p. 348, REBOLLEDO VARELA, A., «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *La Ley*, 1986, T. II, p. 603, TORRALBA SORIANO, V., *De la sociedad de gananciales...* *op. cit.* p. 1753; RUEDA PÉREZ, M.A. y J.M., «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981». *RDP*. 1982, p. 590.

(34) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución...* *op. cit.* p. 195 y ss. Este autor dice que la disolución del régimen económico matrimonial no debe ser automática, pues el Juez tendrá motivos para rechazar la solicitud formulada por el cónyuge del deudor en tres supuestos concretos:

Quando el acreedor ejecutante sea el cónyuge del deudor, cuando la cuantía de la deuda sea insignificante en relación a la del caudal común y cuando la deuda privativa contraída por un cónyuge esté a cargo de la sociedad de gananciales.

(35) El supuesto que contempla el art. 1373 del CC guarda gran analogía con el del art. 1393 en su párrafo primero (que un cónyuge sea declarado en concurso o quiebra), sin embargo en este caso la disolución no opera automáticamente sino que hay que pedirla al Juez.

(36) La mayoría de la doctrina estima que lo lógico es realizar la liquidación primero y después reanudar la ejecución sobre los bienes concretos que se adjudiquen al deudor. Cfr. LA-CRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*. Derecho de familia. Vol. I. Tercera edición. J.M. Bosch. Barcelona. 1990, p. 442, DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por ALBALADEJO. Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. T. XVIII. Vol. 2, p. 334, RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*. *op. cit.* p. 388, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución...* *op. cit.* p. 220, BELLO JANEIRO, J., *La defensa frente a tercero...* *op. cit.* p. 580, 581, RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo II*. *op. cit.* p. 179, MATA PALLARES, F., «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada». *AAMN*. Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. T. XXV. 1992, p. 347. Este autor aun con reservas mantiene que el proceso de ejecución se paraliza hasta que se realice la liquidación.

que difícilmente alguien va a pujar en una subasta por una cuota gravada con deudas y que ni siquiera recae sobre bienes concretos (con las dificultades que ello conlleva si se trata de inmuebles, en lo que respecta a su anotación en el Registro de la Propiedad). Además si se llegara a adjudicar dicha cuota, sería conflictivo determinar a quien correspondería entonces practicar la liquidación. Por todo ello estimamos que lo más lógico es realizar la liquidación primero y después reanudar la ejecución sobre los bienes concretos que se adjudiquen al deudor. Como se dice acertadamente en la sentencia que estamos analizando, esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1373 del CC, pues de otro modo se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, se extendería ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio mientras no se liquide la sociedad.

Ahora bien, surge el problema de determinar qué ocurre si una vez disuelta la sociedad de gananciales el cónyuge no deudor no insta la liquidación de la misma. Algunos autores (37) consideran que en estos casos debe ser el acreedor que ha promovido el proceso de ejecución el que, en vía subrogatoria, inste la citada liquidación. Sin embargo, por nuestra parte estimamos que el ejecutante ni siquiera ha de llevar a cabo dicho trámite para defender sus intereses, pues se ha de estimar que si el cónyuge no deudor no se preocupa de instar la liquidación en un plazo prudencial (38) queda firme el embargo trabado sobre los bienes comunes, ya que su actitud de mera pasividad ha de interpretarse como una renuncia a la defensa de sus intereses en el patrimonio consorcial (39). Si el cónyuge no deudor opta por ejercitar el derecho de sustitución que le ofrece el art. 1373 del CC ha de llevar esta opción hasta sus últimas consecuencias, preocupándose de pedir la partición del acervo común pues de otro modo se debe considerar que ha decaído en su actitud y que opta por soportar el embargo sobre los bienes gananciales, ya que no se puede dejar la sociedad de gananciales una vez disuelta indefinidamente sin liquidar, produciendo un perjuicio injustificado al acreedor.

En contra: MANRIQUE PLAZA, J., «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales» *AAMN*. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA, p. 36. Este autor definiendo —erróneamente, desde nuestro punto de vista— que la ejecución de la cuota sin liquidar es posible.

(37) *Cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución... op. cit.* p. 220. OLAVARRÍA TÉLLEZ, A., «Algunos problemas en la liquidación...», *op. cit.* p. 355.

(38) Es problemático el plazo en el que la liquidación se tiene que llevar a cabo, pues el CC no dice nada al respecto. A nuestro juicio lo más conveniente es que el Juez que intervenga en el proceso de ejecución fije un plazo prudencial en cada caso concreto.

(39) En este mismo sentido se pronuncia: DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». *ADC*, T. XXXIX. F. II. Abril-junio. 1986, p. 485. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.* p. 193. BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero... op. cit.* p. 586.

Por lo demás, en la liquidación de la sociedad de gananciales los acreedores consorciales tendrán preferencia respecto a los privativos (art. 1399 del CC). Ahora bien cabe preguntarse si dicha preferencia sobre el patrimonio conyugal, también existirá si el cónyuge no deudor opta por soportar el embargo sobre los bienes gananciales, pues en este caso no se producirá la disolución del consorcio.

A nuestro juicio la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, pues aunque por una parte pudiera pensarse que donde la ley no distingue el interprete no debe distinguir, y que si en el art. 1373 del CC no se ha especificado nada al respecto (a diferencia del 46 de la Compilación Aragonesa) es porque no se ha querido conceder preferencia a los acreedores de la comunidad. Por otra parte sería incongruente que si el cónyuge no deudor opta por pedir la sustitución en el embargo (con la consiguiente disolución de la sociedad conyugal) los acreedores consorciales sean preferentes en la liquidación y que si, por el contrario, dicho consorte opta por soportar el embargo y la comunidad conyugal sigue existiendo, dicha preferencia no exista, pues la prioridad de un crédito sobre otro no puede depender de un hecho tan ajeno (40).

Cuando por una deuda privativa se embarguen bienes gananciales, el titular de un crédito consorcial, si quiere ser reintegrado con preferencia al acreedor privativo ejecutante, deberá interponer una tercería de mejor derecho, antes de que se pague a éste con el producto de lo obtenido en la ejecución (art. 1533.III. de la LEC).

De todos modos es preciso destacar que la tercería de mejor derecho adolece de una insuficiente y arcaica regulación muy necesitada de reforma (41), lo que trae como consecuencia problemas de difícil solución. Así será conflictivo el hecho de que varios acreedores consorciales presenten una tercería de mejor derecho en el mismo proceso de ejecución pues en la LEC no se prevé un sistema de graduación de créditos concurrentes y de distribución de dinero entre los acreedores;

(40) Cfr. RAGEL SÁNCHEZ. L.F., *Ejecución...op. cit.* pp. 240, 241 «El hecho de que el legislador conceda prioridad a los acreedores consorciales cuando se está liquidando la comunidad conyugal se debe a que considera, con razón que tales acreedores han atendido necesidades de la familia o han facilitado la generación de ingresos o beneficios de carácter común, es decir: son preferentes porque con su contraprestación sirvieron a la comunidad ganancial y, por tal motivo sus créditos forman parte del pasivo de la misma. Cuando la sociedad de gananciales está vigente, las razones para defender la primacía de los acreedores consorciales son las mismas que han sido apuntadas anteriormente».

(41) Ya hace años que la doctrina viene denunciando la defectuosa regulación de la tercería de mejor derecho en la LEC, pero nuestro legislador en las últimas reformas, ha hecho caso omiso a estas denuncias. Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución singular*. Ed. Departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1979, p. 258. Este autor ha hecho importantes aportaciones de *lege ferenda* en este terreno, que son muy dignas de consideración y que servirían en buena medida para resolver algunos de los problemas que se suscitan.

además en estos casos en que varios terceros formulan varias demandas de tercería, es imposible conseguir la acumulación de los autos con el objeto de lograr una sola sentencia, puesto que no se da ninguna de las circunstancias de los arts. 161 y 162 de la LEC.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Silvia ALGABA ROS
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Pilar CÁMARA ÁGUILA
Ignacio DÍAZ DE LEZCANO
Francisco ECHEVARRÍA SUMMERS
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Fernando MORILLO GONZÁLEZ
Virginia MÚRTULA LAFUENTE
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Aurea RAMOS MAESTRE
José Manuel DE TORRES PEREA

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. Derecho mercantil.—III. Derecho procesal.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Fraude de ley. Vecindad civil.—«La figura del fraude de ley, que tipifica el apartado 4 del art. 6 del Código civil, viene configurada por la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir (Sentencias de esta Sala de 30 de marzo de 1988 y 3 de noviembre de 1992, entre otras), exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (Sentencias de 6 de

febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 20 de junio de 1991, entre otras). Por otro lado, no puede desconocerse que la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de julio de 1959, que aprobó la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya...expresa que «el Derecho foral vizcaíno, verdadero estatuto agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar», agregando que se extiende «la jurisdicción del Código civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas» y que «al llegar al área donde lo rural y lo urbano se interfieren y el Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrando y acotando el Derecho foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello se sirve con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente, en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno»». (STS de 5 de abril de 1994; ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo entra a analizar en el presente caso la posible concurrencia de un fraude de ley realizado a través de unos testamentos otorgados por dos esposos el 4 de febrero de 1976, ambos de idéntico contenido y en los que, después de manifestar que su sucesión se regirá con arreglo al Derecho Foral de Vizcaya y de conceder a su cónyuge respectivo un amplísimo poder testamentario para que, con carácter de comisario, pudiera disponer de todos sus bienes en favor de sus hijos y descendientes de ambos de la forma que tuvieran por conveniente, agregaron que para el caso de que el respectivo cónyuge no hiciera uso de este poder testamentario o lo hiciera en parte, instituye y nombra como únicos y universales herederos de todos sus bienes, a sus dos nietos (descendientes de un hijo fallecido del matrimonio), separando expresamente de su herencia a sus otros dos hijos (D. Luis y D. Pedro D. S.).

La validez del mencionado testamento fue impugnada por uno de los hijos (D. Luis D. S.), una vez fallecidos ambos cónyuges sin haber hecho uso del poder testamentario y siendo aceptada la herencia por sus nietos en escritura pública de fecha 29 de noviembre de 1983. La demanda incoada por D. Luis D. S. ante el Juzgado n.º 2 de Bilbao se basó no sólo en lo relativo a determinar si los testadores habían adquirido o no formalmente la vecindad civil foral de Vizcaya en la fecha del otorgamiento de los testamentos litigiosos (como así parece que fue según los hechos probados), sino también fundamentó su pretensión anulatoria en que se había cometido un fraude de ley con el otorgamiento de dichos testamentos, argumentando que la adquisición de la vecindad foral vizcaína fue realizada con la única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación civil común (Código civil) en materia sucesoria para privarlos a él y a su hermano de toda participación en sus respectivas herencias, desheredándolos prácticamente sin causa alguna para ello. Acerca de este último pedimento tanto el Juez de instancia como la Audiencia Provincial no hicieron la más mínima consideración, fundando la desestimación de la demanda en el hecho probado de la adquisición de la vecindad civil foral vizcaína por parte de los testadores.

Dada la omisión en la que incurre la sentencia de la Audiencia (a la luz del último inciso del párrafo 1.º del art. 359 de la LEC), el TS analiza los diversos elementos probatorios del caso en orden a valorar la concurrencia o no de fraude de ley, de los cuales debemos destacar los siguientes: si bien los cónyuges (D. Santiago D. E. y D.ª Encarnación S. R.) eran procedentes de Préjano (Logroño), donde habían nacido y contraído matrimonio, fijaron en fecha no concretada, aunque anterior a 1940, su residencia en Bilbao-Erandio; su patrimonio, situado en esta misma ciudad, estaba formado por dos establecimientos, una lonja, diversos pisos y un chalet (éste último sito en Sopelana, a 18 Kilómetros de Bilbao-Erandio); desde 1940 hasta 1970 habían estado empadronados en el Ayuntamiento de Bilbao, como residentes de Erandio, hasta que pasaron a empadronarse en Sopelana; en 11 de marzo de 1960, 29 de mayo de 1970 y 28 de marzo de 1973, los referidos esposos otorgaron sendos testamentos abiertos con idéntico contenido, sujetándose a las normas sucesorias del Derecho civil común (Cc.); en el año 1972 al renovar sus respectivos DNI, no obstante hallarse empadronados en Sopelana desde 1970, hacen constar que tienen su domicilio en Bilbao; en diferentes contratos de disposición de sus bienes, los esposos, en su calidad de arrendadores y vendedores respectivamente, manifestaron que eran vecinos de Bilbao; el día 31 de enero de 1976, D. Santiago (de 76 años) compareció ante el Registro Civil de Sopelana y manifestó su voluntad de adquirir para sí y su esposa (de 75 años) la vecindad civil vizcaína, por llevar residiendo en dicho término municipal más de dos años; y cuatro días después realizan el testamento impugnado (de fecha 4 de febrero de 1976). Como añade el TS, salvo para el otorgamiento de estos testamentos, no hay constancia alguna en autos de que este matrimonio (que por sus expresadas edades estaban jubilados y alejados de toda actividad comercial) tuvieran ningún otro interés en adquirir la vecindad foral vizcaína.

Teniendo en cuenta estos hechos, el TS, casando la sentencia de apelación, declaró nulos y carentes de eficacia los testamentos realizados en 1976 (por haberse hecho en fraude de ley para eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho Civil Común); así como también la nulidad de la escritura pública por la que sus nietos aceptaban la herencia de sus abuelos, declarando por otro lado plenamente válidos y eficaces los últimos testamentos abiertos realizados por estos esposos en el año 1973 con sujeción al Derecho civil común. (V.M.L.).

2. La renuncia abdicativa de derechos.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que la renuncia de derechos para ser eficaz debe reunir los siguientes requisitos: personal, clara, terminante, inequívoca, sin condicionamiento alguno y debe contar con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma. Por tanto, aun existiendo un *ACUERDO* entre el demandante y el Consorcio de Compensación de Seguros no se puede apreciar en base a dicho acuerdo «renuncia a un derecho cuando el acuerdo afectado es susceptible de recurso, y éste se ejercita, ya que es significativo de una condicionante excluyente de viabilizar renuncia».

El Tribunal Supremo partiendo de una «ortodoxa aplicación» de los principios «faltando el antecedente —exacta determinación de la cantidad procedente de abono por vía de indemnización— no puede apreciarse el subsiguiente —renuncia—» y «faltando los efectos —renuncia— no es de contemplar su pretendida causa —expresión de voluntad que se aduce renunciante—» llega a una valoración singular de la renuncia de derechos. En efecto, los requisitos que ha de reunir la renuncia son condiciones previas exigidas para atribuir eficacia al negocio de renuncia, tan sólo cuando éstos se cumplen procederá entrar a valorar la validez y licitud de la declaración de voluntad que dio origen a la renuncia.

Daños, relación de causalidad y *quantum* indemnizatorio.—Existiendo en el caso concreto que se plantea, una sucesiva concatenación entre dos causas: lluvias torrenciales y posterior desbordamiento del Río Nervión que inciden en el resultado dañoso, es preciso para poder atribuir el resultado a cualesquiera de dichas causas y por consiguiente fijar la indemnización a determinar en virtud de los hechos probados en qué medida inciden cada una de las causas en el resultado. Y ello es trascendente en el caso que nos ocupa por cuanto según sea la causa será o no de aplicación el art.6 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de creación del Consorcio de Compensación de Seguros y el art. 8.4 de su Reglamento que establecen entre otras menciones una reducción en el *quantum* de la indemnización cuando los daños procedan por inundación a consecuencia de la acción directa de las aguas de los ríos al salirse de sus cauces normales si los bienes siniestrados estuvieren situados a una distancia inferior a trescientos metros del cauce o a una altura que exceda los siete metros. Pues bien si de la prueba practicada en juicio se desprende que fue causa primaria, prevalente, y esencial de los daños las lluvias torrenciales aunque también incidió en la producción del mismo el posterior desbordamiento del río Nervión, es preciso para fijar el «*quantum* indemnizatorio» tener en cuenta la incidencia que en el daño produjo las lluvias torrenciales y minorar dicho *quantum* indemnizatorio partiendo de los daños que se produjeron con el posterior desbordamiento del río Nervión. (STS de 10 de febrero de 1994; no ha lugar)

HECHOS.—Las lluvias torrenciales y el desbordamiento del río Nervión acaecido en Bilbao los días veintiséis y veintisiete de agosto de 1983, ocasionaron daños a una entidad mercantil, la cual formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia reclamando en concepto de indemnización al Organismo Autónomo Estatal: Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad de 61.640.777 pesetas con el 20% desde la fecha correspondiente y costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a que abonase la totalidad de la indemnización solicitada, pero declarando no haber lugar a incrementos por intereses y sin expresa imposición de costas. Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada y estimó parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes. (S.A.R.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Relaciones o límites entre el Derecho al honor y el de libertad de información.—El Tribunal Supremo, en orden a decidir sobre un eventual conflicto entre los derechos fundamentales al honor y el de libertad de información, parte de la premisa de que no se puede fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que obliga a examinar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Por otro lado, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, de vital importancia por ser este órgano el verdadero intérprete de los preceptos constitucionales. Así, es doctrina jurisprudencial la de que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra» (STC de 16 de marzo de 1981, recogida en la de esta Sala de 17 de mayo de 1991); y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (STC 171/1990 de 12 de noviembre, recogida en las de esta Sala de 11 de abril de 1992 y 30 de octubre de 1993); y finalmente, la que mantiene que cuando un medio de comunicación se limita a informar o divulgar declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el art. 18.1 de la CE, tal divulgación disfruta de la cobertura dispensada por el art. 20.1 de la misma Constitución si, por un lado, se acredita la veracidad del hecho de la declaración o información del tercero, y, por otro, si la misma se refiere a hechos o circunstancias de relevancia pública (STC 232/1993, de 12 de julio). (STS de 28 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—La revista *Tiempo*, de ámbito nacional, en su n.º 345, correspondiente al período 19-25 de diciembre de 1988 publicó varias noticias sobre las nuevas tramas que estaban siendo descubiertas en relación con la corrupción policial. Bajo el rótulo «Un comisario y cinco inspectores, acusados de corrupción y narcotráfico», desarrolla la noticia en la que, a efectos de lo que aquí interesa, expresaba lo siguiente: «...Paralelamente a tales investigaciones, *Tiempo* ha tenido conocimiento de la denuncia que, el pasado 7 de octubre, presentó en el Juzgado de Guardia de Alicante, Rafael S. T., antiguo agente judicial de la Audiencia Provincial de Valencia, detenido por tráfico de drogas. Segarra asegura haber trabajado durante cuatro años como confidente del comisario L. S. y del inspector V. Además de estos dos policías, S. T. ha denunciado al inspector Ramón B., de la Brigada de Estupefacientes de Valencia, y a los inspectores F. E. G.^a y otro al que conoce por Chema, del grupo antidrogas de Benidorm».

El semanario *Canfali* de Benidorm, en su n.º 3.506 correspondiente al 24 de diciembre de 1988, haciéndose eco de esta noticia publicó lo siguiente: «Según denuncia la revista *Tiempo*. La compleja red de la «mafia policial» se extiende hasta Benidorm» y tras remitirse a esta publicación varias veces, se recogió la información referida al inspector F. E. G.^a.

El inspector al que hacia alusión la noticia, D. F. E. G.^a, formuló demanda de proceso especial sobre protección del derecho al honor contra el *Semanario Canfali* (por la noticia aparecida en esta revista el día 24 de diciembre de 1988), y también contra el director del semanario y la editorial, solicitando que se condene a los demandados a indemnizarle 4.000.000 de pesetas o, en su caso, la cuantía que el Juzgado estime adecuada, por daños morales causados por la publicación de la noticia y, además, que en su caso se inserte el texto íntegro y literal de la sentencia en el semanario mencionado.

El Juzgado de 1.ª instancia número 3 de Benidorm (en sentencia de 21 de febrero de 1990) estimó la demanda sobre intromisión ilegítima y redujo a 100.000 pts. la indemnización del actor. La Audiencia Provincial de Valencia en apelación desestimó la demanda (en sentencia de 30 de marzo de 1991). Y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación del actor, teniendo en cuenta, a la luz de la jurisprudencia expresada, que el semanario se limitó a informar sobre una noticia que anteriormente había sido dada en una revista de gran tirada y difusión nacional y que, además de ser veraz, era de interés general y de relevancia pública. (V.M.L.).

4. La colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y a la libertad de información y expresión.—Los derechos a la libertad de expresión e información no son absolutos y es por ello que la propia Constitución Española en su art. 20 párrafo 4.º los hace objeto de límites.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras sentencias de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, y 14 de febrero y 30 de marzo de 1992) ha establecido unas directrices para solventar los supuestos de colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal de un lado, y de los de libertad de información y expresión, de otro, que en síntesis son los siguientes:

«— que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos.

— que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1d) de la Constitución en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisoluble unida al pluralismo político dentro de un Estado Democrático siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

— que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la Comunidad.

— que tal relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena ... es el elemento final de valoración para dirimir en estos supuestos el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información de otra.

— que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueran los usos sociales del momento». (STS de 5 de abril de 1994; no ha lugar)

HECHOS.—M. A. R. y M. F. R. eran titulares de un resguardo de boleto de lotería primitiva en uno de cuyos bloques se contenían seis aciertos correspondientes al sorteo de 6 de julio de 1989. Tras comprobar que su boleto no aparecía en la lista oficial de premiados iniciaron la correspondiente reclamación administrativa. La noticia trascendió al público en general, circunstancia que impulsó al Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado a conceder una rueda de prensa en la que el gerente del Organismo explicó cuales eran las disposiciones por las que se rigen los sorteos y por qué el premio reclamado no podía ser abonado.

En estas circunstancias un diario de León publicó en portada y páginas interiores una serie de expresiones en relación con dichos hechos que M. A. R. y M. F. R. consideraron que suponían una intromisión en su honor, intimidad personal y propia imagen. Es por ello que interpusieron demanda judicial que en primera instancia fue desestimada. La Audiencia Provincial no estimó el recurso de apelación y finalmente el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es preciso destacar como el Tribunal Supremo al fijar el ámbito de protección del Derecho fundamental al Honor al colisionar con la libertad de expresión no entiende que los usos sociales del momento determinen una posible delimitación del derecho al honor. Ello supone una inaplicación del art. 2.º.1 de la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982 que delimita el derecho al honor en función de la ley, usos sociales y los actos de la propia persona. Con ello se acoge lo ya manifestado por el profesor Diez-Picazo: «La redacción de este precepto es indudablemente desafortunada... por la regulación conjunta que hace de los tres derechos, ya que las expresiones legales pueden adaptarse fácilmente a la intimidad y a la imagen, pero con mucha dificultad al honor» (*Sistema de Derecho Civil*, I, 8.ª ed., Madrid, 1994, p. 356) (S.A.R.).

5. Derecho a la información. Límites.—«La libertad de información, al menos la que incide en el honor de personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporte en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio».

«La libertad de información no tiene carácter absoluto que haya de prevalecer siempre frente al derecho al honor, sino que en cada caso concreto hay que establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, evitando la divulgación de hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a otras personas».

«La regla constitucional de veracidad de la información niega la garantía o protección a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contestación o meras insinuaciones» (STS de 31 de enero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El periódico de Nueva España de Asturias informó el día 29 de junio de 1988 que un esposo había disparado a su mujer y a un tercero que salió en su defensa, en el día anterior. Los nombres y apellidos de los heridos se publicaron por completo, informándose que la causa del intento de homicidio fue pasional dada la relación sentimental existente entre los agredidos. Éstos demandaron al Periódico, a su director y a la entidad editora, por entender menoscabado su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia declaró que la información publicada vulneraba el derecho al honor y condenó a los demandados a indemnizar a los actores. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La base del recurso fue la existencia de un pretendido uso por el cual la policía filtra las noticias a los periodistas, resultando luego desmentido el medio de filtración. El TS no obstante, olvida el origen de la noticia para centrarse en la irresponsabilidad por falta de veracidad del periódico y el resultado vejatorio de su información. (*J.M.T.P.*)

6. Principio de congruencia.—La sentencia recurrida en cuanto abuelve a todos los demandados guarda plena correlación con las pretensiones ejercidas no sólo porque al tratarse de sentencia absolutoria, conforme a reiterada jurisprudencia (salvo casos especiales) «no puede ser tachada de incongruente» «en cuanto que el principio de congruencia sólo supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos retores del proceso y la parte dispositiva» (*vide*, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993), sino también, porque, a mayor abundamiento de los razonamientos que se hacen en la sentencia se induce por mención expresa de los codemandantes socios y de la sociedad como personas diferenciadas que se tuvo en cuenta la acumulación de acciones y, con ello, la amplitud de la respuesta judicial.

Extensión a las personas jurídicas de la protección al honor.—Reitéramos la doctrina contenida en la sentencia número 1158/1993, de 9 de diciembre, que parcialmente transcribimos: «el tema, ciertamente, no pacífico, a la vista del contenido de la doctrina jurisprudencial, de la extensión o no a las personas jurídicas de la protección al honor en los términos que resultan del art.12.1 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en relación con el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad y a la Propia Imagen, el examen de las diversas, y no concordantes, sentencias de este Tribunal, de las que son muestra, en sentido favorable a la aplicación de aquella normativa a las personas jurídicas, las de 28 de abril de 1989 y 15 de abril de 1992 y en la opuesta dirección de la no extensión a los entes morales de la citada protección, las de 26 de marzo de 1989 y 6 de junio de 1993, permite a través de sus razonamientos establecer, por de pronto, la inexistencia de un único principio que uniforme positiva o negativamente el tema en cuestión. De suerte que es del reconocimiento de que ha de ser emitido caso a caso el juicio de reprochabilidad, a título del ataque al honor, afectante a los entes morales, como aflora la nota común de la que ha de partirse para decidir acerca de la aplicabilidad o no de los citados preceptos a las personas jurídicas y fijar, seguidamente, que no obstante cabe restablecer con carácter general que, si bien, de ordinario habrán de quedar excluidas las conductas susceptibles de ser enjuiciadas como ataque al honor de los entes morales, bajo la normativa citada (lo que, por otra parte, no entraña su indefensión, puesto que desde otras perspectivas jurídicas es patente la protección de las mismas) ha de admitirse la posibilidad de que, pese a que en principio el honor en sentido estricto es atributo, como se dice, de la persona individual, siguiendo la dimensión personalista proclamada por las sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 y de esta Sala de 24 de octubre de 1988, a la que siguió la de 9 de febrero de 1989, puntualizando que los Derechos Fundamentales establecidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, tienen un significado eminentemente personalista que es manifiesto en la Ley Orgánica 1/82, al desarrollar el precepto constitucional regulando el Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, es, a la vez, constatable, como puso de relieve el propio Tribunal Constitucional en sentencias de 20 de junio de 1983 y 21 de enero de 1988, y recoge la de esta Sala de 15 de abril de 1992, «el enfrentamiento entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad que merecen todas las personas físicas y jurídicas y las instituciones, ha de encontrar vías de solución correspondiendo a los jueces ponderar la relación entre ambos» y que, en este enfrentamiento libertad de expresión honor, a sopesar jurisdiccionalmente, no puede soslayarse la importante consideración de que este valor —honor— en su significado amplio, esto es, en el aspecto trascendente o exterior que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, según expresa aquella citada sentencia de esta Sala, está presente también en las personas jurídicas respecto de los cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo en la normativa que veda el ataque al mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constata que han sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad, que, como respecto de los demás, tiene derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil en que desenvuelvan su cometido, conclusión que decanta —con la reserva de su consideración caso a caso que permita apreciar el sin fin de matices posibles— del lado

de la protección del honor de la persona jurídica en cuya defensa no puede olvidarse el factor añadido del carácter personalista del ente moral unas veces, el limitado grupo de sus componentes o estrecho círculo en que desenvuelven su quehacer otras, circunstancias que hacen inevitable la trascendencia de la ofensa a las personas individuales que integran el ente social, así como el hecho comprobado de que las más sutiles agresiones al honor individual maduran, a la sombra de la que se lleva a cabo poniendo gravemente en entredicho la conducta del ente social del que, conocidamente, forma parte la víctima elegida.

No es posible la acumulación de las pretensiones de los socios con las de la sociedad.—Ocurre, sin embargo, que este razonamiento y su doctrina que esta sentencia asume es, a su vez incompatible, con cualquier reparación de las personas de los socios que sean sus propietarios, directores o partes como sujetos autónomos que puedan también cumulativamente considerarse agraviados dado que, en todo caso, la razón de hacer extensiva, aunque de forma matizada, la protección a las personas jurídicas, descansa, o precisamente, en la proyección o repercusión que tenga sobre sus socios o componentes, coetáneos al tiempo de la agresión u ofensa. Esto es, que en estos casos no hay lugar a que prospere ninguna acumulación de pretensiones de los socios con la sociedad, basadas en los mismos hechos. (STS de 5 de abril de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.—El diario «LM» difundió un reportaje sobre consumo y tráfico de estupefacientes en la Seu d'Urgell, ilustrado con una fotografía claramente definida de una discoteca. La S.A. propietaria de la misma y sus socios, como personas físicas, demandaron a la empresa mercantil editora por los perjuicios que este hecho les ocasionó.

La demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia. La AP estimó el recurso considerando excluida del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la protección de las personas jurídicas. El TS llega a la conclusión de que la elección de la fotografía establecía claramente una vinculación entre los centros de venta de drogas y el local de la sociedad actora, lo que sin duda incidió sobre el «buen nombre» de la discoteca. Prospera parcialmente el recurso de casación, al no admitir el Tribunal la extensión jurídica de los hechos a las personas físicas reclamantes. (A.R.M.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Valor probatorio de los documentos privados no reconocidos.—

a) Los arts. 1.218 y 1.225 del Cc. en su íntima relación, lo único que establecen es la prueba, aún contra terceros, del documento privado reconocido legalmente, respecto al hecho que motiva su otorgamiento y el de su fecha (S de 23 de noviembre de 1982), pero ni el documento público ni el privado legalmente reconocido tienen prevalencia sobre otras pruebas y por sí solos no bastan para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto del hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (SS de 25 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 27 de noviembre de 1985; 7 de julio de 1986; y 10 de octubre de 1988); b) mas si el documento privado no ha sido legalmente reconocido (reconocimiento de su firma o de la deuda en él conte-

nida), no por ello pierde toda su eficacia en juicio declarativo ordinario, en el que ha de otorgársele valor dentro del conjunto de los medios de prueba (SS de 27 de junio de 1981, 16 de julio de 1982 y 30 de septiembre de 1988), pues otra cosa supondría dejar su fuerza al arbitrio de aquel a quien perjudica (SS de 24 de abril de 1962 y 5 de febrero de 1988), y nada impide que un documento privado sea adverado por otros medios probatorios, como en el caso que nos ocupa con la prueba pericial de cotejo de firmas e inexistencia de anomalías, que permiten su valoración en consecuencia con el resto de la prueba, cual hacen Juzgado y Audiencia; c) incluso es doctrina reiterada de esta Sala que la falta de adveración en el proceso de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate (SS de 11 de mayo de 1987, 20 de abril de 1989, 11 de octubre de 1991, 23 de junio y 16 de noviembre de 1992 ó 4 de diciembre de 1993), que es lo ocurrido.

Aplicación analógica de la *traditio brevi manu* a la compraventa de inmuebles.—Nuestro derecho se adscribe en el art. 609 a la teoría del título y el modo para la adquisición del dominio y demás derechos reales («... y como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», dice el art. 609), lo que implica que el título lo constituirán los contratos traslativos de dominio, como la compraventa, que puede contenerse, como en el caso que nos ocupa, en documento privado, completado por la *traditio* u ocupación material del inmueble, pero teniendo en cuenta que la entrega está presidida por una progresiva espiritualización, entendiéndose que existe si el *accipiens* tenía ya en su poder el inmueble por algún motivo (*traditio brevi manu*), lo que es aplicable a los inmuebles por una evidente aplicación analógica del art. 1.463, *in fine*, del Cc.

Cauce casacional para combatir el hecho base de una presunción.—Con independencia de que no todo razonamiento lógico implica presunción en el sentido técnico-jurídico, pues no lo son las llamadas «máximas de experiencia», deducciones o inferencias lógicas basadas en experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, también tiene repetido esta Sala hasta la saciedad que el cauce casacional para combatir el hecho base de una presunción es el ordinal 4.º del art. 1.692 de la LEC, lo que sin duda no se utiliza en el caso que nos ocupa al tener que basarse en documento literosuficiente obrante en autos que revele el dato erróneo, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios.

Falta de buena fe.—La buena fe consiste en el desconocimiento de la disconformidad entre el contenido de los asientos del Registro y la realidad jurídica no coincidente con ellos, desconocimiento no existente en el caso que nos ocupa, según los órganos jurisdiccionales de instancia, cuya afirmación no ha sido combatida en forma, quedando incólume la base fáctica de la sentencia. (STS de 6 de mayo de 1994; no ha lugar)

HECHOS.—La demandante interpuso juicio de menor cuantía contra su hermana y su cuñado y contra los desconocidos e inciertos herederos de otra persona, que años antes había prestado dinero a los padres de la actora, para cuya garantía habían transmitido fiduciariamente una finca al acreedor, estableciéndose un pacto de retro para el

caso de pago de lo debido. Al producirse efectivamente ese pago, el acreedor y los deudores suscribieron un documento privado de reventa de la finca, que, por cierto, nunca habían abandonado los prestatarios. Algunos años después se casó una hija del matrimonio, que se fue a vivir junto con su marido a casa de sus padres. Precisamente a raíz de esas relaciones, el yerno consiguió que el anterior prestamista y titular registral de la finca otorgara a su favor la escritura pública de venta del inmueble, contrato que la demandante impugnó por vía de nulidad o inexistencia. Todos los órganos judiciales intervinientes dieron la razón a la actora, dando relevancia y oponibilidad al documento privado de reventa. (*L.F.R.S.*)

8. Alcance de la exigencia formal del art. 1280 del Código civil.—De acuerdo con las normas de los arts. 1278 y 1279 del Código civil, el art. 1280 del mismo Cuerpo legal no comporta la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan solo *ad probationem*, de tal manera que el juzgador puede declarar existencia de un contrato (que reúna los requisitos del art. 1261 del Cc.) sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita (SS TS de 3 de febrero de 1987, 30 de septiembre de 1988 y 23 de noviembre de 1989).

Aplicación de la doctrina anterior al mandato.—El mandato expreso presupone el consentimiento del mandante en el negocio que se va a hacer en su nombre y puede darse de palabra (art. 1710 Cc.), porque lo que exige el art. 1280 párrafo último es que consten por escrito los contratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, pero no que para la perfección de los mismos sea preciso tal requisito (STS de 30 de octubre 1906).

Causa del contrato: apreciación.—La existencia y falsedad de la causa, como cuestión meramente de hecho, compete al Tribunal *a quo*, previo examen de las pruebas practicadas en el pleito, y su labor ha de ser respetada mientras no se acredite su apreciación equivocada (SS TS de 20 de noviembre de 1992 y 4 de marzo de 1993) (STS de 12 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Doña Luisa V. V., representada por su yerno, vendió mediante documento privado una lonja de su propiedad a D. Ricardo L. G. por siete millones de pesetas. En la venta intervino una Agencia Inmobiliaria que recibió del comprador un millón de pesetas como señal. Posteriormente, el comprador demanda a la vendedora y a la Agencia para elevar a escritura pública el contrato y para que se le haga entrega de la lonja requerida o, subsidiariamente, le sea devuelta la cantidad entregada en concepto de señal. El Juez estimó plenamente la demanda condenando incluso a la Agencia a devolver al actor la señal. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia de Primera Instancia al absolver a la Agencia Inmobiliaria. No prosperó el recurso de casación planteado por la vendedora. (*I.D.L.*)

9. Simulación absoluta: calificación.—El calificativo de la simulación de un negocio es una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los Tribunales (STS de 28 de febrero de 1981).

Requisitos.—La simulación total o absoluta, contraventora de la legalidad, implica un vicio en la causa negocial.

Efectos.—Al ser la simulación un vicio en la causa, lleva consigo la sanción de los arts. 1275 y 1276 del Código civil y, por tanto, la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita (STS de 28 de abril de 1993).

Prueba: obliga a acudir, normalmente, a las presunciones.—Dada las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1253 del Cc., y con su base, apreciar comportamientos simulados absolutos cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido la causa que nominativamente expresa (SS TS de 1 de julio, de 16 y 19 de septiembre, 5 de noviembre de 1988 y 28 de febrero de 1991). (STS de 7 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Una entidad bancaria interpuso demanda contra D.^a María J.A., su hijo y su nuera, solicitando la nulidad de la compraventa mediante la cual D.^a María transmitía a los segundos la nuda propiedad de la totalidad de sus bienes inmuebles. Se da la circunstancia que la enajenación se produjo poco antes del vencimiento de varios créditos que la actora ostentaba contra la vendedora. No se ha acreditado la realidad del pago del precio de la venta. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. No prospera el recurso de casación interpuesto por dos de los demandados. (I.D.L.).

10. Vicios del consentimiento como cuestión de hecho.—El Tribunal reitera la doctrina (SS de 7 de diciembre de 1966, 3 de junio de 1968, 27 de junio de 1969...) de que la inexistencia o existencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo es cuestión de mero hecho y, como tal, su constatación es de la facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, bien denunciando la existencia de error de hecho con cita del documento concreto que lo evidencie, bien alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de prueba que se considere infringida. El Tribunal, en coherencia con la doctrina expuesta, considera que, en general, son problemas de hecho los vicios de consentimiento, que requieren cumplida prueba, sometida a los Tribunales de instancia y, por ello, de muy difícil acceso a la casación, para ser revisados por Tribunal Supremo.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que el resultado obtenido aparezca como ilógico o absurdo, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, o se impugne con éxito el error sufrido por aquéllos, con cita de la norma hermenéutica infringida, lo que aquí no se ha intentado.

Facultad moderadora (art. 1103 CC).—En esta sentencia se reitera la doctrina, ya consolidada (SS de 29 de noviembre y 10 de diciembre de 1985, entre otras), de que la facultad moderadora del art. 1103 CC es una facultad discrecional y por lo tanto no revisable en casación. (STS de 7 mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El 7 de enero de 1987 se concertó un contrato por virtud del cual Supermercados B., cedía a J. R. G la explotación de la zona destinada a la venta de frutas y verduras en régimen de parciario. A mediados de marzo del propio año, empezó la cedente a presionar al cesionario para que abandonase el negocio, llegando a impedirle la entrada en los locales mediante el cambio de cerradura, no liquidándole la última semana e impidiéndole retirar las últimas mercancías existentes en el puesto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de J. R. C contra Supermercados B, declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios causados, si bien reduciendo la cuantía del lucro cesante a la mitad del importe pericialmente acreditado en los autos. Contra dicha sentencia apeló Supermercados B y se adhirió J. R. G, pero la Audiencia desestimó ambos recursos. La sentencia se recurre en casación por Supermercados B, fundamentándose por una parte, en el error en la persona del concesionario como causa invalidante del contrato, por ser nulo el consentimiento prestado, sobre la base de que el cesionario tuviese la cualidad de trabajador autónomo de la que carecía; de otra en la interpretación restrictiva que del lucro cesante hace la jurisprudencia citándose las sentencias de 22 de junio de 1967 y de 6 de junio de 1968. (F.M.G.).

11. Interpretación correctora del principio de «no presunción de solidaridad» recogido en los arts. 1137 y 1138 del Código civil.—La drástica y rigurosa normativa que exige una expresa manifestación en favor de la solidaridad, ha merecido una interpretación jurisprudencial correctora al admitir también la existencia de solidaridad cuando las características de la obligación permita deducir la voluntad de los interesados de crear una *obligatio* generadora de esta responsabilidad y de modo especial cuando se trata de facilitar y estimular la garantía de las demás partes contratantes.

Consecuencia procesal de la solidaridad: eliminación del litisconsorcio pasivo necesario.—La institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en presencia de una obligación solidaria (STS de 26 de enero de 1994; ha lugar).

HECHOS.—Dos entidades mercantiles compraron, mediante documento privado, dos inmuebles a sus cuatro propietarios. Una de las compradoras demandó a los vendedores para que le otorgasen escritura pública de dicho negocio jurídico. El Juez de Primera Instancia accedió a la demanda. La Audiencia la revocó parcialmente y el TS, ante el recurso de casación de la actora, declaró haber lugar al recurso y confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

NOTA.—En realidad nuestra jurisprudencia más que una interpretación correctora, lo que hace es una corrección del Código civil que puede resultar excesiva. Ello hace pensar que, si se considera necesario generalizar la solidaridad, quizás sería conveniente reformar el Código civil y adoptar como regla la solidaridad ya que en la actualidad estamos ante una verdadera crisis del principio de la no presunción de solidaridad. (I.D.L.).

12. Atenuación del rigor doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, que considera la liquidez de la deuda como presupuesto de la mora.—Junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor, a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, porque si las cosas son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlos ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor. Por tanto, en aquellos supuestos en el que puede fácilmente deducirse en el juicio la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado, no parece injusto que se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial (STS de 5 de abril de 1992) (STS de 17 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Se formuló demanda, alegando el actor (una entidad mercantil) que el demandado (un particular) le adeudaba la cantidad de 30.442.354 pesetas más los intereses legales desde el momento de la interpelación judicial, por el suministro de pienso que el actor había efectuado al demandado. El demandado se opuso al pretender la compensación de la cantidad a él reclamada con determinados pagos parciales y créditos pendientes a su favor. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, en consecuencia, condenó al demandado a abonar la cantidad de 29.284.158 pesetas más los intereses legales desde la exigencia judicial. La Audiencia confirmó esta sentencia. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el demandado. (I.D.L.).

13. Atenuación o matización del rigor de la regla *in illiquidis non fit mora* que proclama la liquidez de la deuda como presupuesto de la mora.—No resulta injusto que en aquellos casos en que pueda fácilmente deducirse en el juicio la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado, se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial.

Las presunciones judiciales: carácter facultativo.—El art. 1253 del Cc. autoriza pero no obliga a utilizar la prueba de presunciones, por tanto, cuando el Juzgador de instancia no hace uso de ese medio probatorio para fundamentar su fallo y sí de las pruebas directas obrantes en autos, no resulta infringido dicho precepto (SS TS de 3 de diciembre de 1988, 3 de junio y 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 18 de noviembre de 1991 y 9 de febrero de 1993) (**STS de 18 de febrero de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—La actora estima que los saldos existentes en dos libretas de ahorro, que figuran a nombre del demandado, pertenecen, por parte iguales, a éste último, a ella y a Don Jaime B. D. Al haber fallecido D. Jaime B. D. su tercio debe corresponder, por parte iguales, a sus herederos testamentarios que son: la actora y el demandado. En consecuencia, reclama el saldo resultante a su favor más los intereses legales de dicha suma. El demandado formuló reconvencción en la que exigía a la actora 803.855 pesetas más los intereses legales desde la presentación de la acción reconvenccional. El Juzgado estimó en parte tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia confirmó la sentencia. No prosperó el recurso de casación presentado por el demandado. (*I.D.L.*).

14. Los intereses procesales de art. 921 de la LEC y su distinción con los intereses moratorios del art. 1.108 del Código civil.—La doctrina del TS viene manteniendo, en lo que parece ser una constante jurisprudencial, que no cabe confundir los intereses de demora basados en el art. 1.108 del Cc. y los llamados punitivos a tenor del párrafo 4.º del art. 921 de la Ley Procesal Civil, pues mientras que éstos últimos no requieren ser solicitados a instancia de parte (ya que pueden imponerse de oficio con sólo darse el supuesto de hecho que el legislador contempla); los intereses moratorios, por el contrario, requieren petición de parte. Pues bien, aunque en el presente caso se solicitaron en la demanda los correspondientes intereses moratorios, el TS consideró que procedía acordar los procesales del 921 de la LEC y no los moratorios porque estos últimos comenzarían a devengarse a partir de la sentencia firme (al ser reducida la suma reclamada), fecha que es posterior a la que señala el art. 921 (que es la de la sentencia de Primera instancia en el supuesto de que se condene al pago de una cantidad líquida, salvo que interpuesto recurso fuera totalmente revocada, que no es el caso). Y siendo incompatibles del devengo conjunto de ambos intereses «se entiende que los moratorios ordinarios quedan embebidos en los superiores del artículo últimamente citado a partir de la fecha de la resolución, en el supuesto litigioso, ya que nada se probó en contra» (**STS de 5 de abril de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—El presente recurso de casación se dirige contra el Auto dictado en fecha 10 de abril de 1991 por la AP de Madrid, en incidente sobre ejecución de sentencia como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera instancia n.º 5 de Madrid, sobre reclamación de cantidad entre D.J.B.S. y el «Banco de Finanzas, S.A.» hoy «Chase Manhattan Bank España, S.A.».

Antes de entrar en el origen del Auto recurrido, conviene mencionar los precedentes del caso relativos al juicio sobre reclamación de cantidad, del que trae su causa. En este sentido, hay que señalar que el Juez de Primera instancia n.º 5 de Madrid, en sentencia de 27 de noviembre de 1986, condenó a la entidad bancaria demandada a que pagase al actor la suma de 52.585.362 pts.; sin pronunciamiento alguno sobre los intereses. Recurrida en apelación, la entonces Audiencia Territorial de Madrid, en sentencia de 29 de abril de 1988, confirmó íntegramente la de la instancia. Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 1989, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Audiencia, sin razonar ni resolver nada sobre los intereses de la suma a la que fue condenada la entidad bancaria.

En la fase de ejecución de sentencia, se produjeron distintos recursos dirigidos a que el juzgador concretara el momento del devengo de estos intereses y en consecuencia la cuantía de los mismos. En primer lugar, el Juzgado de instancia por Auto de fecha 30 de enero de 1990 decidía en su parte dispositiva: «1) Determinar que los intereses de demora se generaron a partir del día 20 de julio de 1989, fecha en que la sentencia dictada en instancia adquirió firmeza, y hasta el día 21 de noviembre de 1989, fecha en que se consignó por la entidad demandada la cantidad a cuyo pago venía obligada en concepto de principal y otro tanto presupuestado para costas. 2) Los intereses a los que se refiere el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se devengarán asimismo a partir de la fecha de firmeza de la sentencia, es decir, a partir del día 20 de julio de 1989, en la cuantía que al efecto determina nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, y hasta que sea cumplida en todos sus términos la misma».

En Auto aclaratorio posterior, de fecha 19 de febrero de 1990, el mismo Juzgado volvió a señalar: «1)...que en los intereses de demora «no quedan subsumidos en modo alguno los intereses que por imperativo legal fija el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se devengan desde la fecha de la sentencia y que son concurrentes con los primeramente señalados». 2) Los intereses a los que se refiere el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se devengan sobre el capital a que fueron condenados «aún cuando éste se hubiera consignado, hasta que sea cumplida en todos sus términos la Sentencia dictada el pasado 20 de julio de 1989».

Finalmente llegó el Auto de 10 de abril de 1991, aquí recurrido en casación, en el que la Audiencia Provincial de Madrid, revoca el Auto de 30 de enero de 1990 del Juzgado de Primera instancia y declara que el acreedor ejecutante D. J. B. S. devengará a su favor desde el 27 de noviembre de 1986, fecha de la sentencia de primera instancia, y a cargo de la entidad deudora ejecutada un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y determina como cantidad total de intereses de dicha fecha de 27 de noviembre de 1986 hasta el 21 de noviembre de 1989, la suma de 16.402.450 pts.

El Tribunal Supremo no apreció el recurso de casación contra el citado Auto de 10 de abril de 1991. (V.M.L.).

15. El cálculo de intereses en los préstamos hipotecarios: diferencia entre el interés nominal y el interés real o efectivo. Interpretación *contra proferentem* (art. 1288 del Cc.).—En cuanto a la relevancia que tiene el método para calcular el interés efectivo o real como elemento de información necesario que debe suministrar la entidad financiera en el momento de contratar con el cliente, la Sala 1.^a funda su decisión teniendo en cuenta el hecho cierto reconocido por la Audiencia «de que los contratos no permiten deducir cuál es el interés aplicado, no obstante consignarse en varias cláusulas el nominal del 14 por 100 y que para el cómputo de los intereses pactados existen varias posibilidades teóricas que llevan a un interés real o efectivo superior al nominal, esa oscuridad ni se justifica por un «uso de carácter bancario», ni por el hecho de que se consigne la cuota a pagar, si no se aclara la forma de llegar a ella ni el sistema empleado (en el caso se dice por la Caja que el francés, pero no lo especifica en el contrato), para que el prestatario sepa con certeza las condiciones en que obtiene su crédito y pueda determinarse libremente en uno u otro sentido, de manera que el pago de la cuota, como acto posterior, sólo significa que se sigue incidiendo en el error, inducido por la falta de claridad en la redacción del contrato, aunque no haya sido buscada de propósito por quien lo confeccionó, porque la contradicción con las cláusulas claras y esenciales del mismo, que constituyen su fin primordial (el interés del 14 por 100), no se requiere que sea intencional, consciente o buscada de propósito para que el error sea corregido y se llegue a la equivalencia de las prestaciones, sin que la oscuridad pueda favorecer a quien la provoca (art. 1.288, que, al contravenir el tenor de la obligación, debe sufrir que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098), sentido en el que jurisprudencialmente se han interpretado siempre los contratos de adhesión».

El método empleado en el cálculo de intereses incide de forma directa en la separación del *quatum* del interés nominal respecto del real, pues como constata el TS: «los intereses reales o efectivos se pueden determinar de muy diversas formas y en el contrato no se especifica la empleada, sabiéndose sólo que las diversas reclamaciones ante el Banco de España por la manera en que las Cajas de Ahorros cobran los intereses de sus préstamos, son, en los casos más frecuentes, por el cálculo de anualidades constantes de capital e intereses correspondientes al tipo de interés pactado, pero con cobro por trimestres, de manera que antes del vencimiento de la anualidad ya se están pagando tres cuartas partes de la misma y se cobran intereses por parte del capital ya amortizado, lo que ha de entenderse como prueba de la oscuridad, pero en modo alguno como existencia de uso interpretativo o normativo; y claro es que dichas entidades pueden pactar libremente el interés y la forma de liquidación, pero aclarándolo y no pretendiendo que se intuya por el prestatario».

El valor de los usos bancarios.— Respecto al alegado uso de carácter bancario —relativo a la forma de calcular el interés—, que pretende respetar la Audiencia, el TS recuerda «que nos encontramos, no ante un mero acto de comercio, sino ante auténticos contratos y si el artículo 2.º del Código de Comercio establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto por los usos del comercio, y a falta de ambas reglas por las del derecho común, siendo éste el derecho privado general (civil), del que el mercantil es mera especialidad, el artículo 50 concreta que «los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o

en leyes especiales por las reglas generales del derecho común»; pero además la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica (*opinio iuris*), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente.

Interpretación del plazo de gracia o cortesía concedido al deudor para que pague la cuota corriente en relación con el comienzo del devengo de los intereses moratorios.—Sabido es que la interpretación de los contratos es facultad de los juzgadores de instancia, que ha de mantenerse mientras no resulte ilógica o contravenga precepto legal. Lo que no ocurre en la interpretación realizada por la Audiencia que, al igual que el Juzgado, señala que la fecha en que el recibo debió ser atendido es el primero de los veinte días, cual figura en expresado recibo, de manera que «transcurrido dicho plazo incurre en mora y pierde el beneficio, debiendo pagar los intereses desde el día en que se pasó al cobro el recibo»; entendiéndose como un plazo de gracia o cortesía para el deudor que si, no obstante, lo deja pasar y no aprovecha las facilidades que se le otorgan, pierde el beneficio del plazo y la mora se retrotrae al momento del vencimiento del trimestre, pues otra cosa originaría que todos los deudores agotasen el plazo, extremo que iría contra la finalidad del mismo.

Legitimación activa para impugnar la relación jurídica cuestionada. Inexistencia de una «acción popular civil».—Como señala el TS en esta sentencia, la Constitución (arts. 20 y 24) no atribuye el derecho a la jurisdicción para defender derechos o intereses ajenos sobre los que ninguna disposición tenga el sujeto accionante, siendo difícil, cuando no imposible en la actual concreción legislativa que, en el ámbito del derecho privado, donde se dilucidan derechos interpartes, puedan postularse ajenos, invocando una acción popular que constituye problema de *lege ferenda*, pero no de *lege data*, por lo que se pretende que el juzgador asuma facultades del poder legislativo que en modo alguno le corresponden. Particularmente, hay que tener presente que para la protección de intereses legítimos colectivos legitima el art. 7.3 LOPJ a «las corporaciones, asociaciones grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción», pero no autoriza a cualquiera que se atribuya tal defensa. Por otro lado, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de otorgar mayor publicidad a sus resoluciones que las que le imponen las leyes de enjuiciamiento, salvo en los casos concretos que la Ley le otorga esta facultad (protección al honor, intimidad y propia imagen). (STS de 8 de abril de 1994; ha lugar).

HECHOS.—En la presente sentencia, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia de 5 de abril de 1991) por la que se revocaba la sentencia del Juzgado de 1.ª instancia de la ciudad condal que condenaba a la Caja de Ahorros de Cataluña a calcular los intereses pactados en varios préstamos hipotecarios que habían sido concertados en los años 1978 y 1979 —entre esta entidad y una promotora— al tipo nominal pactado del 14% anual (según constaba en la escritura de la hipoteca). De esta forma, se obligaba a la Caja a modificar los recibos trimestrales que restaban por pagar, ajustándose a la nueva fórmula, y a devolver a los actores las sumas pagadas de más hasta el día de la interposición de la demanda y las que en su caso se hubieran segui-

do pagando durante la tramitación del juicio, si no se hubieran corregido.

Aunque se trata de préstamos hipotecarios concedidos a una promotora que posteriormente vende los pisos y locales, asumiendo cada comprador el pago del préstamo garantizado con el piso o local adquirido. Son precisamente esos compradores los que demandan a la Caja de Ahorros y los que recurren en casación. Junto a ellos, interpone demanda contra la entidad prestamista el presidente de la «Asociación para la Investigación Financiera y para el control de Sistemas, Productos y Entidades Financieras» (Icofín), ejercitando los adquirentes pretensiones propias y el presidente de la asociación la que denomina «acción popular civil».

Entre los pedimentos de la demanda destaca (además de la devolución de las sumas de intereses indebidamente calculadas y la declaración de que los intereses de demora comenzarán a partir del día siguiente a aquel que finaliza el plazo de gracia fijado para el pago de los recibos trimestrales), la condena a la demandada a publicar a su cargo y durante tres días en dos de los periódicos de mayor circulación de la ciudad, una relación de los préstamos hipotecarios cuyo cálculo de intereses se hubiese efectuado de modo idéntico a los que habían asumido los actores adquirentes de los pisos, invitando a los prestatarios a recobrar las cantidades indebidamente cobradas por tal motivo durante los últimos quince años.

NOTA.—El Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez en esta sentencia en relación con la importancia que tiene el método de cálculo del interés como elemento de información del consumidor a la hora de contratar, así como respecto de las diferencias que, por su aplicación, pueden resultar entre el interés nominal pactado y el real o efectivo aplicado. Esta diferencia queda constatada en unos contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que se pactó que la cantidad prestada sería devuelta en el plazo de quince años, con uno más de carencia, mediante anualidades mixtas, constantes y vencidas, comprensivas de capital, intereses y comisiones, pagaderas por trimestres naturales y vencidos, dentro de los veinte días siguientes a su vencimiento, devengando la cantidad prestada un interés nominal del 14% anual, más una comisión del 0'60% también anual, sobre el total capital y por toda la duración del préstamo.

La uniformidad de un método de cálculo común para hallar el interés que el consumidor debe satisfacer para obtener un crédito ha sido una cuestión que ha preocupado desde hace más de diez años a las instancias comunitarias. Fruto de la misma han sido la *Directiva 87/102 del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*, posteriormente modificada y concretada por la *Directiva del Consejo de 22 de febrero de 1990* y que han sido incorporadas a nuestro derecho por la *Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al consumo*. Los elementos bá-

sicos sobre los que gira la normativa comunitaria en relación con la publicidad y el contenido de los contratos de crédito al consumo son: el coste total del crédito y el porcentaje anual de cargas financieras. En este último caso, resulta fundamental la determinación que se hace en la última de estas directivas tanto del método de cálculo a seguir como de las partidas que han de ser incluídas, en orden a informar al consumidor sobre el verdadero alcance financiero de crédito que pretende contratar.

España ha incorporado las mencionadas directivas comunitarias a través de una normativa sectorial (Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987...) que sólo obliga a las propias entidades de crédito a las que se dirige y no a las relaciones entre particulares. Pues bien, esta normativa, fundamentalmente me refiero a la Circular de 7 de septiembre de 1990, que desarrolla la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, la cual deroga a su vez a la anterior de 1987, define la tasa porcentual equivalente (norma 8.ª n.º 2 b) como: «*aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que se recogen en los siguientes apartados*». El TAE, como es más conocido, es un tipo porcentual anual que aspira a informar al consumidor de lo que le puede costar la operación en función de lo que ganará el prestamista con la misma. Es decir, se basa en sumar al interés nominal, esto es, el interés pactado, las restantes comisiones y gastos que debe satisfacer el consumidor para obtener el crédito (dentro de los límites marcados por la citada Circular) empleando para ello un método de cálculo basado en el interés compuesto: presupone que el banquero reinvertirá los distintos desembolsos que recibe del cliente al mismo tipo nominal pactado en la operación. Si en el presente caso, se hubiera aplicado el método de cálculo aquí anunciado está claro que a los deudores de los préstamos hipotecarios les hubiera tocado pagar un interés «real o efectivo» algo superior al reflejado en contrato, no sólo porque se hubiera tenido que recoger los desembolsos trimestrales que éstos efectuaron a lo largo de la vida del préstamo, sino también porque se debería haber incluido en el cálculo la comisión anual del 0'6%.

Sin embargo, en mi opinión, el problema de fondo no sólo se queda en la falta de información de la clientela que desconoce el verdadero interés al que tiene que hacer frente, sino en el hecho de que la entidad crediticia calcula intereses sobre un capital ya amortizado. Efectivamente, si hubiera sido aplicable al caso la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios resultaría que esta cláusula tendría que haber superado un previo control de inclusión y haber sido interpretada conforme a las reglas de la hermenéutica, antes de que el interprete y aplicador de la ley entrara en el análisis de un posterior control de contenido. No obstante, éste último no hubiera sido posible por el carácter obscuro que mismo Tribunal Supremo atribuye a la cláusula. Pero es que ¿acaso no se podría considerar una condición abusiva de crédito pagar intereses sobre un capital que ya ha sido amortizado? Creo en este sentido, que el control de las cláusulas sobre intereses en los contratos de adhesión debe basarse en un control del contenido, más que sobre un juicio relativo a su carácter sorpresivo o

que el aplicador realice una interpretación *contra proferentem* (como en este caso), pues no debería admitirse, en línea de principios, que una cláusula que calcula unos intereses sobre un capital que no existe pueda estimarse válida si previamente el banco ha informado al cliente sobre este efecto. La configuración unilateral del contenido del contrato realizada por la entidad bancaria desplaza de una forma no justificada el derecho dispositivo en materia de intereses que exigiría que éstos se devengasen sobre un capital ajeno debido realmente. (V.M.L.).

16. Incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios.—Aunque en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (8 de julio de 1952, 16 de mayo de 1979, 9 de mayo y 27 de junio de 1984, 30 de septiembre de 1989, 24 de julio y 29 de noviembre de 1990, 29 de noviembre de 1991 entre otras) se establece que el mero incumplimiento contractual no genera por sí solo una obligación de daños y perjuicios, pues el nacimiento de la obligación indemnizatoria se halla necesariamente condicionada a la prueba de «la existencia y realidad de los daños y perjuicios», sin embargo el incumplimiento supone por sí mismo daño sin precisarse prueba alguna cuando ha causado un «real y existente perjuicio». En este supuesto excepcional el principio que respecto a la carga de la prueba se acoge en el art. 1214 del Código Civil se suaviza en su aplicación.

Principio *iura novit curia*.—En base a dicho principio, en el proceso civil el Juzgador necesariamente está vinculado a los hechos que han sido alegados y probados por las partes, pero con relación a las normas aunque las partes no hayan invocado un precepto puede el Juzgador aplicarlo en base al principio que nos ocupa siempre que con ello no se produzca una «alteración de la *causa petendi* o relato fáctico sustentador de la acción ejercitada». (STS de 21 de febrero de 1994; ha lugar parcialmente).

HECHOS.—Los esposos J.M.P.M. y R.M.R.Z., celebraron un contrato de ejecución de obra con C.M.A. contratista por el que éste se obligaba a construir en una finca propiedad de los esposos la estructura de un chalet. Transcurridos tres meses desde la fecha que se fijó para el fin de la obra sin haber ésta finalizado, el dueño de la obra envió carta al contratista a fin de «rescindir» el referido contrato.

El contratista demandó a los esposos solicitando que se les condenase al pago de una cantidad que comprendía el resto del precio de la obra ya ejecutada y de las mejoras introducidas en la misma. Asimismo los dueños de la obra formularon demanda de juicio de menor cuantía contra el contratista, arquitecto y aparejador, solicitando en base al art. 1214 del Código Civil que se les condenase al pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Acumulados los procesos citados, en Primera Instancia se estimó totalmente la demanda formulada por el contratista y asimismo se estimó parcialmente la demanda planteada por los dueños de la obra.

La sentencia no fue recurrida por los dueños de la obra, pero el arquitecto, aparejador y constructor interpusieron sendos recursos de apelación. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera

instancia en lo que había sido objeto de apelación y así desestimó la demanda presentada por los dueños de la obra. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de apelación.

NOTA.—Es significativo observar cómo el Tribunal Supremo tímidamente en un supuesto de resolución indemniza el interés contractual positivo, es decir, el interés del actor en el cumplimiento del contrato. Hemos referido tímidamente porque para argumentar dicha cuestión utiliza asimismo la vía del art. 1101 del Código civil. (S.A.R.).

17. Opción de compra. Plazo indefinido. Prórrogas tácitas. Sujeción a la voluntad unilateral de uno de los contratantes.—El art. 14 del Reglamento Hipotecario impide que el contrato de opción se prorrogue indefinidamente, pues, aparte de que ello incide nocivamente en la seguridad del tráfico inmobiliario, el citado precepto en su último párrafo hace alusión a la caducidad en los supuestos de prórroga legal o tácita cuando la opción de compra se mixtifica con un contrato de arrendamiento. En cualquier caso, las prórrogas han de ser voluntarias y bilateralmente consentidas, lo que no acontece en el supuesto concreto, dado que la voluntad de no prorrogar el contrato por parte del concedente de la opción se pone de manifiesto desde el momento mismo en el que comunica el precio con el incremento convenido, concediéndole un plazo de 10 días para que conteste al ofrecimiento. La relación contractual viene defectuosamente constituida al radicar en una de las partes la consumación del contrato sin otra condición que el hecho de que sus circunstancias (económicas se sobrentiende) se lo permitan, lo cual no viene sino a constituirse en una condición sujeta a la libre voluntad del deudor, y consecuentemente viciada de nulidad. En este estado de cosas, la intimación al establecimiento del precio y la fijación de un plazo terminal constituyen una limitación a la vigencia indefinida del contrato, que al no ser atendida podrá dar lugar a la resolución por mor de la aplicación del art. 1504 Cc, y sin que el hecho de que se hayan admitido de buena fe sucesivas prórrogas, implique una aquiescencia a la prolongación *sine die* del contrato. Por otro lado, dado el carácter arbitrario y unilateral de las prórrogas, no resulta necesario agotar el plazo para proceder a su efectividad. En cuanto a la determinación del precio, el Alto Tribunal señala que el incremento convenido se debe aplicar sobre el precio del bien al término del período de prórroga y no al principio como pretende el optante. (STS de 6 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formula demanda en juicio declarativo de menor cuantía solicitando la resolución del contrato de opción de compra por no haber sido atendida en plazo la notificación fehaciente de fecha 30 de octubre de 1985, en la que se comunicó el precio de venta determinado en la forma previamente convenida. La parte demandada, entendiendo que las sucesivas prórrogas trienales no venían hasta el 1 de noviembre, reconviene y solicita que se eleve a escritura pública el contrato de compraventa, previa entrega del precio correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, condenando a los demandados al desalojo del piso. Resolución que resulta confirmada por la Audiencia Provincial. (F.E.S.)

18. Doctrina sobre la índole del incumplimiento desencadenante de la resolución en la compraventa de inmuebles.—La doctrina de esta Sala sobre la interpretación del señalado precepto, recogida, entre otras, por la sentencia de 19 de octubre de 1993 (con abundantes citas jurisprudenciales), ha declarado que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó o que frustra el fin del contrato (sentencias de 24 de febrero de 1990, 19 de enero, 6 y 20 de octubre de 1984, 26 de enero de 1988, 2 de junio y 13 y 21 de octubre de 1989). En definitiva, la línea evolutiva de la jurisprudencia de la Sala descansa en la idea de no ser precisa una voluntad dolosa o maliciosa en torno al incumplimiento, sino que es suficiente que se haya constatado con evidencia la falta de cumplimiento por parte del comprador y con cuya falta de cumplimiento se haya frustrado el fin específico perseguido por las partes al contratar (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1993). En el caso se considera por la Sala sentenciadora que la actitud de impago obedeció a una situación de agobio económico de carácter transitorio, pero tales razones no pueden erigirse, aun siendo lamentables, en causa obstativa del cumplimiento de los contratos, máxime cuando la conducta posterior que inicialmente se concretó tras el requerimiento en un tardío intento de pagar las cambiales adeudadas, no se mantuvo, a lo largo de las actuaciones, pues no consta que igualmente se intentara por cualquiera de los medios admitidos en Derecho hacer frente al pago de los demás plazos que con vencimientos sucesivos se prolongan hasta el año 1996.

No tiene eficacia el ofrecimiento de pago realizado después de producirse el requerimiento resolutorio.—En cuanto a la eficacia del ofrecimiento tardío de pago de las letras que en su momento se debían, que se efectuó a los varios días de realizarse el requerimiento resolutorio, ha de manifestarse, conforme argumenta el recurrente, que es ninguna, como tiene declarado la jurisprudencia en torno al art. 1.504 del Código civil, pues el requerimiento es una notificación de la voluntad del vendedor de hacer uso de la facultad resolutoria legal o convencionalmente establecida (sentencia de 24 de febrero de 1993), lo que significa que el comprador no pueda pagar una vez que sea requerido a los fines de enervar la resolución. (STS de 17 de mayo de 1994; ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo admite el recurso de casación interpuesto por el vendedor de un inmueble, y declara estar bien hecha la resolución de la compraventa a través del requerimiento notarial, a pesar de haberse constatado que los compradores impagaron algunas letras debido a una situación de agobio económico de carácter transitorio. De modo incidental se añade que, después del requerimiento, los compradores trataron de ofrecer tardíamente el pago, lo que fue rechazado por el vendedor, pero no trataron de hacer lo mismo respecto de los vencimientos que se fueron produciendo posteriormente y que produjeron nuevos impagos. (L.F.R.S.)

19. Interpretación del art. 1504 en relación con el art. 1124 del Cc.— En esta sentencia se reitera la doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo en virtud de la cual, el contenido de los arts. 1504 y 1124 es perfecta-

mente compatible, entendiendo que el primero es una especialidad del segundo referida a los bienes inmuebles, de tal manera que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el segundo, es de aplicación de modo específico y concreto al primero, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles; lo que supone que para tener éxito la acción resolutoria regulada en el art. 1504, hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio del art. 1124 considera indispensable la doctrina de esta Sala, y entre ellos, como principal, el que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían.

Aliud pro alio, art. 1124.—Se está en un supuesto de entrega de cosa diversa, y no ante un vicio de la cosa, cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, con la consiguiente insatisfacción del comprador, al ser inadecuado el objeto de la compraventa para el fin que se destina.

Ruina de vivienda.—Una vivienda en ruina material resulta incuestionablemente inadecuada para habitarla, y cuando esta realidad se impone de forma manifiesta, no es razonable argumentar sobre el contenido de una cláusula plasmada en un contrato de adhesión; ni resulta de justificación suficiente la alegación que el vendedor no ha sido el constructor del inmueble, pues nadie ha excepcionado el presente caso con base en el art. 1591 del Cc, sino más bien en el art. 1124 del mismo cuerpo legal. (STS de 29 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El 29 de septiembre de 1986 el matrimonio demandado adquiere un piso entregando parte del precio y demorándose el resto en diferentes plazos. Ante el incumplimiento de los plazos fijados, la entidad vendedora del inmueble efectúa requerimiento de resolución del contrato, en la contestación a la demanda se aportan informes técnicos fechados en 29 de febrero y 1 de mayo de 1988, en los que se acredita la posibilidad de que la vivienda de autos se arruine por las humedades, grietas, puertas que no cierran, pinturas arruinadas, etc., e incluso el desplome de fachadas o hundimientos de forjados, recomendándose la adopción de medidas urgentes, por la posibilidad en que un período de tiempo breve, si no se desploma sufrirá unas grietas y deformaciones tan importantes, que la convertirán en inhabitable. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial desestiman la demanda, contra cuya decisión se interpone recurso de casación. (F.M.G.)

20. Arrendamiento urbano. Derecho de retracto.—Constituye doctrina consolidada de la Sala la relativa a que en el ámbito de los arrendamientos urbanos, el derecho de retracto opera cuando en la finca sólo exista una vivienda o local de negocio y en los casos de venta por pisos, aunque los mismos se transmitan por plantas o agrupados a otros, lo que no sucede cuando el objeto de la compraventa es la totalidad del edificio o de la finca. (STS de 25 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—En 1950, D.^a Carmen J.Z. alquiló a D. Asensio F.H. un piso para instalación de negocio. Posteriormente dicho piso fue vendido a D.^a M.^a del Pilar E.E. concretamente en 1985, quien como propietaria demandó al inquilino solicitando se declarase resuelto el

contrato de arrendamiento del local. El demandado se opuso, y reconvino alegando un pretendido derecho de retracto. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Pamplona estimó la demanda inicial, desestimando la reconvenición formulada dado que el local transmitido era una parte de una finca registral que fue la realmente transmitida.

Admitida la apelación y sustanciada en alzada, fue desestimada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.

Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo entendió no haber lugar a él. (*J.M.T.P.*)

21. Arrendamiento de local de negocio.—El art. 9 número 1 del Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril, que en este importante aspecto ha modificado sustancialmente la legislación arrendaticia, establece con toda claridad que los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebraban a partir de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable el régimen de prórroga del art. 57; es decir, con carácter general, habrá de estarse a lo convenido por las partes, y que la prórroga forzosa sólo cabe admitirla cuando haya sido pactada de manera expresa. (**STS de 4 de marzo de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—D. Ernesto L.F. demandó en juicio incidental de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por expiración del plazo convenido a la entidad F.P.S.I.

En la contestación a la demanda se mantuvo que aunque el contrato era posterior al Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril, debía aplicarse el art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente por no haberse sometido las partes expresamente al régimen establecido por el mencionado Real Decreto-Ley.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Oviedo declaró resuelto el contrato de arrendamiento, condenando a la demandada al desalojo del local.

Admitido el recurso de apelación, fue desestimado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo. Formalizado recurso de casación y admitido, la Sala entendió no haber lugar al mismo.

NOTA.—Debido a los múltiples pronunciamientos contradictorios que sobre este punto ha realizado el Tribunal Supremo, adquiere relevante importancia esta Sentencia que confirma el parecer ya aceptado, según el cual el Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril, no es que posibilite la supresión de la prórroga forzosa, sino que exige pacto expreso para que haya lugar a ella. (*J.M.T.P.*)

22. Tanteo y retracto. Presupuestos de aplicación.—Si bien los derechos de tanteo y retracto reconocidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos

de 1964 tienen por su especial naturaleza notas diferenciales por cuanto el derecho de tanteo «ha de ejercitarse antes de la perfección del contrato de venta que lo origina» toda vez que el retracto se ejercita «una vez es perfecto dicho contrato traslativo», sin embargo ambos derechos tienen una finalidad similar al implicar una preferencia de adquisición.

Por ello es posible señalar para el tanteo y retracto unos presupuestos de aplicación comunes:

- «que se trate de un supuesto de venta por pisos»,
- «que el que ejercite estos derechos de adquisición preferente ostente un derecho arrendaticio de la totalidad del inmueble vendido y no solamente de parte de él»,
- «que la acción ejercitada no incluya más que las cosas comprendidas en el arrendamiento a las que llega únicamente la posesión arrendaticia».

Arrendamientos complejos.—Los derechos de tanteo y retracto están reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 pero no en el Código Civil. Por tanto, no pueden ser ejercitados cuando el arrendamiento está excluido del ámbito de la L.A.U. como es el caso del contrato de arrendamiento complejo que está sujeto a la legislación común según estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1964.

Sentencia absolutoria y congruencia.—Las sentencias absolutorias al resolver todas las cuestiones que se han sometido a debate no pueden ser incongruentes según reiterada doctrina del Tribunal Supremo. (STS de 27 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formuló demanda en la que solicitaba que se dictase sentencia declarando adjudiciada la finca objeto del procedimiento «previo pago a la demandada de la cantidad de 4.095.000 pesetas que obran consignadas en el procedimiento o declarando el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca a favor de dicha representada, condenando a los demandados a otorgarla previo pago del importe del remate de la subasta y demás gastos que se hubieren ocasionado y subsidiariamente solicitando se declare haber lugar al retracto ejercitado».

El demandado se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia falló desestimando totalmente las pretensiones del actor. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa no plantea inconveniente alguno el intento del actor de ejercitar el derecho de tanteo y retracto a un supuesto de transmisión como consecuencia de un «juicio sumario hipotecario» y ello pese a que dicho supuesto no esté expresamente previsto en el art. 47 de la L.A.U. (S.A.R.)

23. Relación contractual de arrendamiento de servicios entre el Notario y sus clientes. Plazo de prescripción de las acciones derivadas de esta relación.—La relación que liga al notario con aquél que requiere su ac-

tuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende, por lo que, siendo de arrendamiento de servicios la relación contractual que liga a notarios y clientes, carácter este último que, en este caso, no concurría en el actor, a quien no competía la notificación del traspaso, las acciones que de la misma se deriven tendrán, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1964, el plazo de prescripción de 15 años, no transcurridos en el caso que nos ocupa, cuando el actor ejerció su acción de reclamación de daños. Aun cuando se entendiera que la acción ejercitada lo era de reclamación por daños causados en una actividad extracontractual, es lo cierto que tampoco hubiese prescrito la acción, pues si el cómputo del plazo para su ejercicio debe comenzar en el momento en que la acción pudo ejercitarse, obvio es que, en el supuesto de autos, en el que se presentó la demanda antes de transcurrir el plazo de un año de la sentencia firme en que se decretó la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, es ésta la fecha y no la de notificación tardía del acta notarial de realización del traspaso, y ello porque, aun cuando la actuación, que ha de reputarse negligente, al dejar de cumplir un plazo legal —el del art. 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—, tuviese lugar con anterioridad, los daños que la misma produjeron a su actor no se produjeron hasta el momento en que la sentencia acordó la antedicha resolución contractual, por lo que, en uno u otro caso, la acción hoy objeto de la *litis*, no se halla extinguida por prescripción.

Principio de cosa juzgada.—No puede admitirse que mediante, un motivo de casación planteado en un litigio en el que se reclaman al demandado, hoy recurrente, los daños que su negligente actuación provocó, pueda otorgarse al mismo acción para combatir declaraciones que, por haber sido sentadas en resoluciones firmes, recaídas, además y como ya se ha dicho, en otro litigio en el que el recurrente no fue parte, no pueden ser alteradas, so pena de atentar de manera flagrante contra el principio de cosa juzgada en que se ampara la necesaria seguridad jurídica. (STS de 6 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora de este proceso resultó perjudicada como consecuencia de que el contrato de arrendamiento de local de negocio en el que él era parte se declarara resuelto por sentencia firme recaída en un proceso anterior, a causa de que el Notario, hoy demandado, no notificara dentro de plazo al arrendador el otorgamiento de la escritura de traspaso.

La demanda de la que deriva el presente litigio se interpuso antes de haber transcurrido un año desde la sentencia firme que declaró extinguido el contrato de arrendamiento de local de negocio. Se trata de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios que el actor ejercita contra el Notario, que no fue parte en el proceso anterior, para reclamarle los daños que su negligente actuación le provocó.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda. El TS desestima el recurso de casación del demandado. (A.R.M.)

24. Responsabilidad contractual médica. Calificación del contrato de asistencia médica.—A la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, y finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios.

Contenido de la obligación de medios a emplear por el médico.—Sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 26 de junio de 1989, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar; y D) En los supuestos de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

Medicina para el mejoramiento de un aspecto físico o estético. Vasectomía. Aproximación al arrendamiento de obra.—En aquellos casos en los

que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que es todavía de medios, se intensifique, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

Vasectomía. Incumplimiento del deber de información por el médico. Negligencia profesional. Inaplicación del art. 1105 del Código Civil.—El demandado recurrente no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa, obvio es que aquél incumplió sus obligaciones médicas, por lo que el acto médico puede calificarse de negligente, pudiéndose producir, como consecuencia de ello, la correcta aplicación del mecanismo reparador que, para los daños producidos por conductas contractuales, prevén los arts. 1101 y 1104 del Código Civil y sin que, por el contrario, al no poderse calificar el acto como fortuito, quepa aplicar el precepto del art. 1105 del mismo Cuerpo legal.

Indemnización de daños y perjuicios.—A la manera de mero *obiter dictum*, aun respetando el derecho que, en el ejercicio de un lícita postura de paternidad responsable, permite al recurrido adoptar la decisión de no incrementar el número de hijos que ya tenía —uno sólo, en este caso— no deja de resultar insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió, fracaso que produjo el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, solicite y se le otorgue —no, desde luego, como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos—, una cantidad que iguala, cuando no supera, a la concedida en caso de fallecimiento de los mismos. (STS de 25 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—D. Antolín N.T., casado con D.^a María Teresa D.S., como quiera que no deseaban tener más hijos, acudieron a la consulta de un médico para que practicase la intervención de vasectomía, llevándose a cabo la misma. En enero de 1990, D.^a María Teresa D.S. quedó embarazada, teniendo lugar el 5 de octubre el nacimiento de dos hijas.

El Juzgado desestimó la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por D. Antolín N.T. La Audiencia estimó la apelación y condenó al médico a pagar daños morales y perjuicios. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

NOTA.—En esta sentencia, el TS califica con toda razón el contrato de asistencia médica como arrendamiento de servicios, teniendo en cuenta que la obligación del médico es de medios o actividad (CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 97 y ss., con amplia información doctrinal y jurisprudencial). Al precisar que el contenido de la obligación de medios a emplear por el médico, además de referirse a la actuación de este profesional de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, el TS destaca la importancia del deber de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que pueden derivarse y de que los medios de que se dispongan en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes. La doctrina y la jurisprudencia alemanas consideran que este deber accesorio de información, basado en el principio de la buena fe (parágrafo 242 del BGB), que se extiende al diagnóstico, la terapia y sus efectos, va acompañado de un deber de documentación. En el marco de la relación de paridad entre el médico y el enfermo, satisface el interés primario del enfermo el ser adecuadamente informado y poder examinar, si lo desea, los documentos necesarios sobre el transcurso de la enfermedad. Se facilita de esta manera, además, al paciente la carga de la prueba, cuando surge un proceso de responsabilidad médica, a través de la diligente redacción de los actos clínicos (CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 165-166).

Precisamente, en el caso de la sentencia que anoto la causa fundamental por la que se condena al médico es por no haber informado adecuadamente al paciente del pronóstico probable del resultado de la operación y de los riesgos de no lograr el fin perseguido.

El médico tendría que haber hecho saber al paciente que la operación de vasectomía no garantizaba totalmente que la mujer no pudiese quedar embarazada. Sobre la posibilidad de que el resultado de la vasectomía, la esterilización, no fuese definitiva, máxime cuando todos los tratadistas médicos reconocen que una de las complicaciones que puede presentarse, tras la vasectomía, es la de la recanalización espontánea, que si bien es infrecuente, es perfectamente conocida.

Si no puede garantizarse que, a través de la vasectomía, sea imposible que la mujer con la que mantiene relaciones sexuales el hombre al que se ha practicado la vasectomía no pueda quedar embarazada, existiendo riesgo, aunque escaso, de que se produjese el embarazo, como ocurrió en el caso de la sentencia que anoto, a pesar de no dudarse de que el médico practicó adecuadamente la intervención quirúrgica (la vasectomía), hay que pensar que la prestación del médico es, en tal caso, de medios o actividad y no de resultados. El médico no responde por haber incumplido una obligación de resultado, que garantizase la infertilidad, sino por no haber informado, como debía, al paciente sobre el riesgo del embarazo de la mujer, a pesar de la vasectomía.

Muy discutible me parece la afirmación que hace el TS de que el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que im-

pone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. ¿Estamos ante una obligación que siendo de medios se aproxima a la de resultado? A mi juicio, la obligación es de medios o de resultado, no cabiendo una especie de categoría intermedia, que no haría sino complicar todavía más el problema de la calificación, bastante complejo, como he puesto de relieve en mi monografía sobre *Las obligaciones de actividad y de resultado*. En rigor, en el caso de la sentencia la obligación es de medios o actividad, radicando la responsabilidad del médico exclusivamente en el incumplimiento del deber de información sobre el hecho de que no se garantice el interés primario del paciente, que no era otro que la imposibilidad de que su mujer pudiera quedar embarazada. (A.C.S.)

25. Responsabilidad por vicios en la construcción. Solidaridad por no poder precisar la proporción en que la ruina es imputable a cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo.—Ante la imposibilidad de determinar en qué medida afectó al resultado (una obra defectuosa) la actividad del promotor-constructor y de los técnicos intervinientes en la misma (diversidad de concausas), es por lo que se establece la solidaridad de los mismos por vicios ruinógenos (SS TS de 30 de diciembre de 1985, 22 de septiembre de 1986 y 2 de noviembre de 1989, entre otras muchas).

Propiedad horizontal: no hay inconveniente, en determinados casos, que dos edificios se rijan por una misma reglamentación estatutaria; así como, las Comunidades generales de Urbanización.—La posibilidad de que dos edificios se rijan por una misma regulación estatutaria ha sido admitida jurisprudencialmente en aquellos casos en que dos porciones de edificación están adosadas, de tal forma que tienen un vestíbulo y otros elementos comunes formando una unidad arquitectónica (STS de 25 de mayo de 1993); también, este criterio jurisprudencial puede atribuirse a las Comunidades generales de Urbanización (STS de 23 de septiembre de 1991, entre otras).

Tutela judicial efectiva: no se priva de este derecho fundamental cuando se desestimen motivadamente las pretensiones de las partes en el proceso.—La tutela judicial efectiva se satisface aunque se deniegue lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente (STS de 22 de julio de 1992). (STS de 2 de febrero de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios interpuso la acción de responsabilidad decenal del art. 1591 del C.c., contra el promotor-constructor y los técnicos intervinientes en la obra a fin de que éstos reparasen los defectos y daños de construcción afectantes al inmueble al haber aparecido, dentro del período de garantía, graves deficiencias en la parte alta y en el garaje del edificio debidas a filtraciones de agua que tuvieron su causa: a) en la escasa pendiente de la cubierta (la mitad de la recomendable); b) carecer de una adecuada barrera hidrófuga los elementos de cierre de la planta sótano y c) inadecuación de los materiales empleados en el garaje para evitar la entrada de agua. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda. El promotor-constructor recurrió en casación en base a lo

siguiente: 1) en la localidad donde se encuentra el edificio acacieron unas lluvias torrenciales que, a juicio del recurrente, fueron la causa de los daños producidos (caso fortuito); 2) que no procede condenar solidariamente a los demandados puesto que conforme al art. 1138 del C.c., su condena debía ser dividida entre ellos y 3) que no cabe deferir a un perito la determinación de la cantidad a satisfacer en ejecución de sentencia a consecuencia de las deficiencias constructivas apreciadas en el inmueble. El TS estimó en parte el recurso y procedió a casar la sentencia dejando, únicamente, sin efecto el pronunciamiento relativo a que el importe de la reparación de que se trata sea determinado por un perito, que se sustituye por la determinación de dicho importe en ejecución de sentencia siguiendo el procedimiento establecido en la ley. (I.D.L.)

26. Mandato. Sustitución.—Independientemente de que estemos ante un mandato o un simple negocio representativo, en el supuesto de que el poderdante conceda al mandatario facultades de sustitución absoluta, y éste haga uso de ellas, queda desligado de todas sus relaciones con el mandante, quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene carácter de mandatario con relación al poderdante. (STS de 22 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—A compró a B una finca urbana. Mediante escritura pública, la vendedora confirió poder especial al comprador para administrar el bien inmueble que le había vendido, facultando al apoderado *para sustituir total o parcialmente este poder a favor de tercera o terceras personas*. El actor hizo uso de su facultad de sustitución, designando un sustituto con todas las facultades a él conferidas.

A demandó a B cierta cantidad en concepto de gastos efectuados como mandatario de la demandada, ésta a su vez formuló reconvencción, siendo ambas desestimadas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga estimó parcialmente la demanda, concediendo al demandado parte de las cantidades reclamadas. No conforme con dichas cantidades, A recurre en casación la sentencia dictada en la Audiencia Provincial, pero no prueba ni que los gastos reclamados fuesen a costa del representante actor y que éste los haya soportado, y tampoco alega ni prueba que la reclamación que formula en el pleito la haga en nombre y representación del sustituto. (F.M.G.)

27. Sumisión a arbitraje. Acumulación de acciones.—Un órgano jurisdiccional no puede conocer de lo que estaría vedado si se hubiesen ejercitado las acciones por separado (lo sometido a arbitraje nulidad de actos del Consejo de Administración), y aquí no puede entenderse que las acciones ejercitadas estén inseparablemente unidas. Siendo válida la sumisión a arbitraje de las materias sobre las que versa el contrato en que se inserta esa cláusula, en aplicación del art. 8 de la Ley de Arbitraje, no puede negarse su validez por entender nulo el acuerdo en el que se contiene tal cláusula, pues, en virtud de este precepto, «la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio». La apreciación de nulidad de la cláusula de sumisión puede adelantarse cuando un precepto legal la am-

pare, como son, en el caso que nos ocupa, los arts. 118 y 143.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. El Tribunal de Primera Instancia debió seguir conociendo de la acción sobre nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración, pero no de las cuestiones sometidas a arbitraje. (STS de 28 de abril de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.—D. J.M.C.M, D. J.M.C.N., D. A.C.N., D.^a C.C.N. D. J.J.C.N., y D. J.C.C., interpusieron demanda contra Cañada S.A., Samca S.A., Sodiar S.A., y D.^a M.A.B.H. por la que, entre otros pedimentos, reclamaban fueran declarados nulos los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de Cañada S.A. en fecha de 3-3-1989 y 5-4-1989, así como la de un contrato, de fecha 27-2-1989, en la que se insertaba una cláusula por la que las partes se comprometían a instituir arbitraje de equidad, a desempeñar por un solo árbitro, para la resolución de cuantas cuestiones planteara el cumplimiento y ejecución de las estipulaciones en él contenidas. El Tribunal de Primera Instancia declaró el sobreseimiento de las actuaciones. La Audiencia desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo acoge parcialmente el recurso de casación. (P.C.A.).

28. Responsabilidad extracontractual. Obligación nacida de acto ilícito. Ampliación del concepto de culpa. La existencia de una actuación voluntaria, mediata o indirecta, impide la calificación de la responsabilidad por riesgo como una primitiva responsabilidad por el mero resultado.—El concepto moderno de la culpa no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada.

La doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos. Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado.

Compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios dimanante de culpa extracontractual con la indemnización laboral.—Los razonamientos expuestos conducen, o no impiden, que el daño resultante que se trata de resarcir sea un daño individual que afecta a los bienes más ínsitos en la persona física cual el de su salud; es decir, un derecho esencialmente privado de cuya trascendencia y efectos ha de conocer la jurisdicción civil como atrayente y definidora de derechos privados, a los que no obsta que exista una jurisdicción social o del trabajo cuyos límites estrictos se señalan, en la sazón, en

el texto refundido por el Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio, que aprobó la Ley de Procedimiento Laboral de cuyo examen (art. 1.º) no puede deducirse que el objeto litigioso aquí debatido haya de corresponder en su conocimiento a dicha jurisdicción especial, al no estar incluido en ninguno de los números de ese art. 1.º.

Es doctrina reiterada de esta Sala I la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que pueden derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (sentencias de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983 y 7 de mayo y 8 de octubre de 1984), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1903 Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley; así lo declara el art. 97, apartado 3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, al disponer que «cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la Entidad Gestora o Mutua Patronal, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente», compatibilidad que se reitera en el número 3 del art. 93, según el cual «la responsabilidad que regula este artículo es independiente con las de todo orden incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993).

Cómputo del plazo de prescripción. Las indeterminaciones o dudas respecto al día inicial no se resuelven nunca en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquél que alega su extinción.—Debe traerse a colación la doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y expuesta entre otras por las sentencias de 16 de julio de 1984, 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 10 de octubre de 1988 y 10 de marzo de 1989, que contiene una clara exposición de la materia predicando «un tratamiento restrictivo de la prescripción, que al no fundarse en razones de justicia intrínsecas se configura como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, y el criterio no rigorista alcanza su más genuina expresión en la determinación del día inicial que da comienzo al cómputo del plazo correspondiente de forma que las indeterminaciones o dudas sobre ese día no se resuelvan nunca en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquel que alega su extinción, escudándose en la extemporaneidad de la pretensión contraria». (STS de 7 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se presenta demanda de reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios derivados de acto ilícito. El Juzgado estimó la demanda.

El demando recurrió en apelación denunciando, en primer término, abuso en el ejercicio de la jurisdicción, basado en la inasimilación de la denominada enfermedad de origen profesional, al accidente de trabajo; en segundo término se alega excepción perentoria de prescripción de la sentencia recurrida al estimar que en el año 1984, 20 de noviembre, tenía la actora reconocida su invalidez en base a enfermedad común, sin que hasta junio de 1986 se dedujera reclamación administrativa a la Seguridad Social y teniendo la entidad demandada por primera vez noticia de las pretensiones de la actora en febrero de 1987, presentándose finalmente la demanda en agosto de ese mismo año; por último, se alega inexistencia del sujeto imputable a los efectos de la válida atribución de la responsabilidad, cuando ocurrieron los hechos.

La Audiencia desestima el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación (*P.J.F.L.*)

29. Responsabilidad extracontractual. Obligación nacida de acto ilícito. Responsabilidad médica (art. 1.902 del C.c.).—En la conducta de los profesionales sanitarios «no sólo queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, según doctrina constante de la Sala, sino que tampoco conforme a estos criterios jurisprudenciales, opera la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico -sentencias de 13 de julio de 1987, 12 de julio 1988 y 7 de febrero de 1990- que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio (sentencia de 7 de junio de 1988) o más generalmente en una acción culposa (sentencia de 22 de junio de 1988) y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados, y el resultado dañoso, previsible y evitable, caso de las sentencias de 7 de febrero de 1973, 28 de diciembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 12 de febrero de 1990». Siguiendo esta reiterada doctrina, el TS mantiene que en materia de intervenciones quirúrgicas, el médico no responde de las consecuencias que obedezcan a complicaciones imprevisibles «exigiéndose a los efectos del artículo 1.902 un comportamiento subjetivo que revele la actividad culposa».

La prueba de presunciones del art. 1.253 del Código civil.—Es doctrina de la Sala 1.ª del TS la de que el art. 1.253 faculta o autoriza, mas no obliga al Juez a utilizar la prueba de presunciones por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de la pruebas directas obrantes en los autos no resulta infringido dicho precepto (STS de 3 de diciembre de 1988, 3 de junio y 7 de julio de 1989 y 21 de diciembre de 1990, entre otras). (STS de 29 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—La actora reclama la responsabilidad del médico por una fístula ureteral diferida que se le detectó cinco días después de haber sido intervenida quirúrgicamente en una operación de histerectomía total a raíz de un cáncer en el cuello de la matriz. Los peritos en sus informes, y en particular el médico forense, mantuvieron que la

fístula ureteral fue secundaria a la intervención practicada, y que «es una complicación que puede prevenirse únicamente, no haciendo una buena disección del retroperitoneo, lo que conlleva el riesgo de provocar un escape neoplásico y dejar a la paciente con su enfermedad cancerosa y su progreso hacia el final».

La demanda es desestimada en Primera y Segunda instancia, no prosperando el recurso de casación interpuesto por la demandante. (V.M.L.).

30. Responsabilidad contractual: indemnización por accidente laboral. Presupuestos.—El hecho de acontecer un accidente que ocasiona resultados lesivos, no genera por sí solo el nacimiento de responsabilidades a cargo de las personas que ordenan o se benefician del hacer humano ajeno, que se frustró en su resultancia positiva por la concurrencia de incidencias en su desarrollo normal. Ahora bien, cuando sucede que los resultados derivan de conductas activas u omisivas culposas, e incluso, conforme a la moderna orientación jurisprudencial que, sin abandonar el concepto de culpa, de exigencia conforme al art. 1902 del Código Civil, al no preverse en nuestro ordenamiento la objetivación absoluta, si viene a admitir la responsabilidad por causas emanadas de riesgo acreditado preexistente y concurrente al tiempo de llevarse a cabo una actividad determinada, por sí exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una actividad voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones, agotar todos los medios y evitar dejar la posibilidad de concurrencia de cualquier circunstancia que transforme en daño efecto, lo que consta como un peligro cierto, ya que entonces resulta de adecuada aplicación el art. 1902 del Código Civil.

Inversión de la carga de la prueba.—En este sentido ha de tener lugar inversión de la carga de la prueba (sentencias de 24 y 31-1986, 19 de febrero de 1987, 21 de noviembre de 1989, 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 20 de enero, 24 de enero, 11 de febrero y 8 de abril de 1992, entre otras numerosas), de manera que correspondía a los recurrentes acreditar debida, y satisfactoriamente, es decir con plenitud, que obraron con la mayor y más atenta prudencia y diligencia, a fin de eludir el accidente, lo que no cumplieron ni consiguieron, como así lo declaró la sentencia combatida.

Aun cumpliéndose la normativa correspondiente, ello no basta para eximir de responsabilidades, pues es doctrina reiterada de esta Sala la que proclama que no supone concurrencia de la diligencia debida, a tenor de las circunstancias concurrentes, la mera observancia de disposiciones reglamentarias o administrativas cuando no han ofrecido resultados positivos y eficaces en orden a evitar daños, pues revelan su ineficiencia e insuficiencia en cuanto a las garantías que ofrecen (sentencias de 23 de septiembre de 1991, 11 de febrero de 1992, 25 de febrero de 1992 y 3 de septiembre de 1992).

La lógica impone que tratándose de actividades peligrosas, con riesgo presente, como compañero perpetuo de viaje y amenazante siempre en desembocar en tragedia, que ha de irse más allá de lo reglamentado, en la procura de cuantos medios aporten seguridad eficaz y no cabe blindarse para eludir la responsabilidad de las consecuencias del riesgo que voluntariamente se creó, en unas normas, cuya débil cobertura se pone de manifiesto, cuando el riesgo se activa y causa daños y perjuicios derivados y que pudieron ser evitados.

Causa determinante.—Coadyuvaron al resultado diversas causas acreditadas, en debida conjunción influyente, todas ellas atribuibles a los demandados (sentencia de 4 de junio de 1991). No viene a ser necesaria la precisión exacta de la causa originaria, por las dificultades que presenta o que se imponen los interesados en muchas actividades industriales complejas, cuando consta, como sucede en el caso de autos, como aportadas y probadas, causas eficientes y decisivas suficientes que por sus circunstancias determinaron el resultado dañoso que se produjo, pues, aún concurriendo con otras, actuaron preparando, condicionando o completando la causa última (sentencias de 19 de febrero de 1985, 23 de enero de 1986, 8 de febrero de 1991, 11 de febrero de 1991 y 27 de enero de 1993).

Solidaridad impropia.—Dándose causación antijurídica de las lesiones que padecieron los demandantes, atribuible a la autoría concurrente de los empleados de PETROMED., también alcanza a esta empresa y provoca su responsabilidad por no adecuada vigilancia, control y omisiones técnicas que la hacen subsumible en el art. 1902 del Código Civil, creándose situación de solidaridad que esta Sala ha aplicado cuando se da convergencia plural de personas imputables que, aunque sin cooperación previa consciente, causan conjuntamente daños y sin poderse precisar la intervención delimitada y participación causal de cada uno de ellos, respondiendo así de la totalidad de las consecuencias negativas, que no excluyen los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, configurándose como solidaridad impropia, de matiz social, para salvaguardar los derechos de los que resulten perjudicados por el hacer irregular o el no hacer daño de otros.

Personas jurídicas.—El art. 1902 del Código Civil es de aplicación a las personas jurídicas, aunque se valgan de personas físicas individualizadas para realizar por su cuenta, orden y beneficio de aquélla las acciones u omisiones de las que se deriven daños, sin asegurar adecuadamente los riesgos que podrían surgir (sentencia de 22 de junio de 1992). (STS de 10 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Los actores-recorridos, empleados de la empresa Mantenimiento y Montajes Industriales S.A., reclaman de la empresa PETROMED y de varios de sus empleados la indemnización de las quemaduras y lesiones que sufrieron trabajando en dicha refinería, como consecuencia de que, esperando que dichos empleados les facilitaran el material que precisaban, se les mantuvo en el lugar donde trabajaban, sujetos con cinturones, y sin el equipamiento adecuado, produciéndose en tal situación varios escapes de vapor que causaron el resultado dañoso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Los recursos presentados ante la AP de Castellón y el Tribunal Supremo fueron desestimados. (A.R.M.)

31. Responsabilidad civil extracontractual. Momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la acción: criterio general.—El momento inicial del cómputo es una cuestión de hecho que debe determinarla el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el art. 1969 del C.c. no es, a estos efectos, un precepto imperativo y sí de derecho dispositivo (SS TS de 16 de diciembre de 1987 y 8 de octubre de 1988).

Interpretación restrictiva de la prescripción extintiva.—La prescripción es una institución que debe ser interpretada restrictivamente, al no estar fundada en la justicia intrínseca, sino, más bien, en cuanto a la extintiva se refiere, en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica (SS TS de 16 de marzo de 1981, 6 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 1990).

Comienzo del plazo de prescripción cuando se trate de lesiones.—Será el día en que, producida «la sanidad», se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido mediante el correspondiente dictamen pericial (sin perjuicio de las secuelas que subsistan de un modo permanente) (STS de 14 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El 22 de marzo de 1987 se produce un accidente laboral en una Central Térmica que ocasiona lesiones y la incapacidad del demandante (las diligencias penales instruidas con motivo del accidente, fueron sobreesidas y archivadas el 27 de octubre de 1987). Posteriormente, el 10 de septiembre de 1988 el actor fue dado de alta médica en virtud de los correspondientes informes facultativos. El 24 de noviembre de 1988 la Comisión de Evaluación de Incapacidades enumera las secuelas y estado físico en que ha quedado el demandante y determina su incapacidad absoluta para toda clase de trabajo. Con fecha 2 de octubre de 1989 se interpone por el demandante acto de conciliación contra tres entidades mercantiles (propietarias de la Central Térmica) en el que se solicita una indemnización reparadora de 25 millones de pesetas, que termina sin acuerdo. Por último, el 26 de enero de 1990 el actor presenta su demanda contra las citadas entidades. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a satisfacer al actor, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del accidente laboral, la cantidad de 18 millones de pesetas. La Audiencia confirmó esta sentencia. Las entidades demandadas recurrieron en casación alegando, únicamente, prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, al entender que el momento en que debió iniciarse la computación del plazo prescriptivo debe ser la fecha en que al accidentado le fue concedida el alta médica, este recurso no prosperó. (I.D.L.)

32. Responsabilidad extracontractual. Obligación nacida de acto ilícito. Prescripción de la acción civil cuando los hechos revisten caracteres de delito.—La acción civil reparadora del daño al amparo del art. 1902 prescribe al año, como dice el art. 1968 del Código Civil. Cuando los hechos revisten caracteres de delito, si se sigue causa penal no puede iniciarse la vía civil (art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero cuando se ha seguido y se archiva por cualquier causa, se reabre la vía civil, que dura el año. Transcurrido sin ejercitarla, puede reabrirse la vía penal aportando nuevos datos si no hubiese prescrito el delito, pero si se sobreeseyera o archivara nuevamente por cualquier causa no cabrá la vía civil cuando entre el primero y el segundo sobreesimiento hubiere transcurrido el año (*vid.* SS TS 20 de octubre de 1987 y 24 de junio de 1988). Del propio modo, cuando se deja pasar el año fijado en el art. 1968 no cabe acudir a la vía penal para provocar tras el sobreesimiento el cómputo de un nuevo plazo, y eso es lo intentado en el presente asunto. (STS de 10 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El presente litigio se inició por demanda en reclamación de daños y perjuicios causados con disparo de escopeta de aire comprimido que efectuó un menor de edad penal y produjo la pérdida de un ojo al demandante.

El disparo se hizo el 16 de marzo de 1986, y con fecha 25 de abril de 1986 se dio al lesionado el alta con la secuela de la mencionada pérdida del ojo por evisceración. El día 10 de abril de 1989 se presentó querrela criminal que terminó por auto de archivo de fecha 19 de mayo del mismo año.

Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon prescrita la acción, y contra esta decisión se formula recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima. (*P.J.F.L.*)

33. Responsabilidad extracontractual. Novillada. Competencia de la jurisdicción civil.—Al actuar el Ayuntamiento como empresario para la organización y explotación económica de una corrida de toros (novillada), según se ha dicho en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución, no se hallaba, obviamente, prestando ningún servicio público, sino que actuaba en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso la competencia para el conocimiento y resolución de las reclamaciones derivadas del ejercicio de tal actividad no pública, sino privada (que esa es la calificación que ha de atribuirse a su aludido carácter de empresario), corresponde a esta jurisdicción civil, conforme establece el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

Concurrencia de culpas.—Es reiterada doctrina de esta Sala la de que cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado o víctima, los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado (sentencias de 21 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1987, 1 de febrero de 1989, 26 de marzo de 1990, 7 de junio de 1991, 24 de diciembre de 1992, por citar algunas), concurrencia de culpa que es incluso apreciable por los juzgadores de la instancia aunque no la pida el demandado (sentencias de 18 de octubre de 1982, 22 de abril de 1987, 7 de junio de 1991), siendo éste el supuesto aquí contemplado, en el que aparece probado que hubo una clara u evidente, aunque no exclusiva, conducta culposa por parte del perjudicado, al invadir el ruedo antes de la terminación de la lidia, por lo que la sentencia recurrida ha hecho una correcta aplicación de la expresada doctrina jurisprudencial, al moderar la responsabilidad del agente en los términos y cuantía en que lo ha verificado. (**STS de 17 de mayo de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—Con ocasión de las fiestas patronales, el Ayuntamiento, actuando como empresario, organizó, en una plaza ocasionalmente habilitada para ello, una novillada a la que asistió como espectador el hijo de los actores en el proceso. Cuando al final de la lidia ya había sido estoqueado un novillo y parecía no existir peligro alguno, el referido espectador bajo al ruedo de la plaza, en cuyo momento el novillo, incorporándose del suelo en que estaba caído, se arrancó hacia él, causándole heridas, a resultas de las cuales falleció.

Los padres del fallecido promovieron acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra el Ayuntamiento y la entidad aseguradora del mismo para dichos festejos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. La AP la revocó en parte, porque apreció concurrencia de culpas, y en consecuencia moderó la responsabilidad del demandado y redujo la cuantía indemnizatoria. El demandante y los demandados interpusieron sendos recursos de casación, que el Tribunal Supremo rechazó. (A.R.M.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

34. Tutela de la posesión.—Puede llevarse a cabo tanto a través de los interdictos de retener o recobrar como del juicio declarativo en que se discuta la propiedad o posesión definitiva; el plazo de un año que se establece para el ejercicio de las acciones interdictales no es aplicable cuando se acude al procedimiento declarativo para la tutela de la posesión. (STS de 10 de marzo de 1994; no ha lugar).

NOTA.—En el recurso de casación se aduce la violación e interpretación errónea del art. 1968-1.º del CC, ya que ha transcurrido con exceso el plazo de un año para el ejercicio de la acción para recobrar o retener la posesión; sin que sea apreciada dicha excepción de prescripción, debido a que el expresado artículo sólo es de aplicación en las acciones interdictales. (A.C.S.)

35. Integración de Ayuntamiento en régimen de comunidad de propiedad horizontal.—Cuando los Ayuntamientos, como es el presente caso, tienen dependencias integradas en el régimen civil de comunidad de bienes, sin perder su propia personalidad pública, han de ser reputados como sujetos de derechos y obligaciones de naturaleza privada-civil y no ostentan situación de privilegio en el régimen comunal en el que participan, lo que viene impuesto por los arts. 392 y siguientes y en especial el 396 del Código civil.

El local perteneciente al Ayuntamiento no forma un edificio independiente.—La incorporación del Ayuntamiento a la referida comunidad, lo es en razón a ser titular dominical de local bajo de referencia, por lo que dicha comunidad se presenta como realidad fáctica que persiste por imperativo legal, sin constituir en forma alguna dos fincas independientes como se pretende, para lo que se intenta variar lo que resulta realidad evidente y supondría disgregar y sustraer el local del cuerpo del edificio total.

Carácter común del subsuelo y de la pared de cierre del local. Prohibición de hacer obras sin consentimiento de los demás condueños.—Tanto el subsuelo del local como la pared de cierre del mismo y que lo separa del propio edificio Consistorial, por servir de muro exterior y cierre de la casa de los recurridos, no tienen la consideración de bienes exclusivamente privados, sino que les alcanza la condición de ser elementos comunes en toda su plenitud y así lo dispone bien expresa y literalmente el precepto civil 396 y la doctrina jurisprudencial reiterada, de tal manera que toda transmisión de los

diferentes pisos o espacios privados que integran la propiedad comunal lleva consigo también transmisión de los elementos comunes que conforman el inmueble como estructurales y no son susceptibles de aprovechamiento y disponibilidad privada exclusiva, pues no cabe que se produzca desunión de lo que es propiedad particular respecto a lo que tiene consideración de comunal.

La infracción de lo dispuesto en el art. 397 del Cc. es exigente en la prohibición de que ninguno de los condueños puede, sin consentimiento de los demás, llevar a cabo alteraciones en la cosa común, aunque resultasen ventajosas para todos. En otro caso sería legalizar una actuación del Ayuntamiento por las vías de hecho, como actuación desproporcionada, que, aparte de conducir a la competencia de la Jurisdicción civil, no cabe acoger (sentencia de 8 de junio de 1993). A su vez ha de tenerse en cuenta que la Ley de 21 de julio de 1960 resulta de aplicación a todas las comunidades cualquiera que sea el momento en que se crearon (Disposición Transitoria primera), o también se constituyeron, por la concurrencia de los elementos y situación que así los conforman, lo que impone también la observancia de los preceptos 7, 11 y concordantes de dicha Ley, que prohíben y censuran la realización de obras en los elementos comunes por iniciativa propia (sentencia de 15 de marzo de 1994). (STS de 5 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Dos particulares propietarios de fincas en un edificio en régimen de propiedad horizontal, demandaron a un Ayuntamiento, propietario de un local sito en ese mismo edificio, para que se declarase que eran elementos comunes del edificio la fachada, la pared o muro que separa dicha casa de la antigua Casa Consistorial, el solar con su subsuelo y el techo de su estancia o local, y que el demandado no podía hacer obras en esos elementos comunes sin la unanimidad de los demás copropietarios y, en particular, se solicitaba declaración de que no podía realizar concretas obras y, si las realizara durante la sustanciación del pleito, se le condenara a reponer las cosas al estado en que se encontraran con anterioridad al inicio de tales obras. El Ayuntamiento se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia la desestimó acogiendo la excepción de falta de jurisdicción. La Audiencia admitió el recurso de apelación y la demanda, en sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo. (L.F.R.S.)

36. Nulidad de los contratos celebrados por la madre representante legal de su hija menor de edad sin haber obtenido la autorización judicial para la venta.—La impugnación por el menor al alcanzar la mayoría de edad de los contratos celebrados por su representante legal sin autorización judicial excluye toda posibilidad de eficacia del contrato o de una autorización judicial *a posteriori*, no siendo aplicable la solución que, en el caso del guardador de hecho, establece el art. 304 del Código Civil.

Defensor judicial.—No es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio; debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le ha atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así; no obstante, la conducta de la persona a que dice representar, alcanzada la mayoría de edad, sana la inexistencia de poder.

Accesión invertida.—Requiere nueva construcción sobre suelo ajeno; no se produce en el caso por tratarse de obras realizadas en el interior de edificios ya existentes, cambiando su estructura o disposición, pero no de nueva construcción. (STS de 10 de marzo de 1994; ha lugar).

5. DERECHO DE FAMILIA

37. Impugnación de capitulaciones matrimoniales otorgadas con cerca de tres años de antelación a la existencia de la deuda. Art. 1317 del Código Civil. Improperabilidad de la acción de nulidad.—La actora ningún interés jurídicamente protegible podía tener para impugnar unas capitulaciones matrimoniales realizadas con cerca de tres años de antelación a la existencia de la deuda, estableciendo el art. 1317 del Código Civil que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, los que hizo que el Tribunal Supremo mantuviera en abundante jurisprudencia que a tales efectos es innecesario pedir la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad legal de gananciales, ya que lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna; con mucha mayor razón habrá de estimarse así en supuestos, como el de autos, en que el interés que legitimaría a la actora para el ejercicio de la acción de nulidad no es sino una deuda contraída con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales instaurando el régimen de separación, y que, en virtud de su inscripción en los Registros Civil y de la Propiedad, ha de perjudicar a terceros, que no podrán alegar ignorancia del carácter de los bienes que con anterioridad pudieran haber ostentado la categoría de gananciales o del régimen económico matrimonial por el que se rige la sociedad conyugal.

Ejercicio de la acción de nulidad.—La sentencia impugnada sostiene la doctrina tradicional del Tribunal Supremo conforme a la cual los terceros sólo pueden ejercitar la acción de nulidad si les perjudica la relación contractual o pueden verse sus derechos burlados o menoscabados, pero no si son extraños a tal situación, según una constante línea jurisprudencial. (STS de 15 de marzo de 1994; no ha lugar).

NOTA.—El tercero carece de legitimación para impugnar unas capitulaciones matrimoniales en que se pactó separación de bienes, puesto que ningún efecto perjudicial le produce el cambio de régimen económico matrimonial, porque conserva todos sus derechos. Las capitulaciones no perjudican los derechos adquiridos en supuesto como el presente en que las deudas contraídas son posteriores al cambio del régimen económico matrimonial. Así lo he puesto de relieve en varios estudios, ya que, en rigor, el problema de la protección de los acreedores de alguno de los cónyuges sólo se suscita cuando las capitulaciones se otorgan con posterioridad a la celebración del negocio que provocó la deuda. Es perfectamente legítimo el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una actividad arriesgada desde el

punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicio para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos. Precisamente en Francia el deseo de evitar o limitar los riesgos empresariales constituye uno de los motivos más frecuentes que aparece en las demandas de homologación judicial dirigidas a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación. Incluso la jurisprudencia francesa más reciente ha permitido el cambio de régimen (sistema de mutabilidad judicialmente controlada) cuando la situación financiera de los cónyuges está comprometida, siempre que existan garantías que protejan suficientemente a los acreedores.

Es plenamente acertada la interpretación que sea da en esta sentencia al art. 1317 del CC, ya que este precepto no contempla una cuestión de validez o invalidez de las capitulaciones matrimoniales y de su modificación (un amplio análisis por Cabanillas, *La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, ADC, 1994, II, pp. 168 y ss.). (A.C.S.)

38. Uniones de hecho. Quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial. Pueden asemejarse a las sociedades cuando se acredite la *afectio societatis*. No puede apreciarse analogía con la institución matrimonial.—Las uniones ajenas al vínculo legal del matrimonio e incluso al crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección, quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial, con el que no tienen analogía. Pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la *afectio societatis*, que no puede inferirse sólo de la convivencia *more uxorio*, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican.

No se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar. Que sea un hecho social innegable no comporta que haya de extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del art. 3 del C.c. que hace referencia a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se trata aquí de interpretar una ley, que es el campo de aplicación del art. 3, y ya se anticipó que esas situaciones sociales pueden arbitrar fórmulas económicas por la vía de pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta pueden permitir alguna clase de acción de reclamación de cantidades si se dieron los requisitos de la prestación de servicios, la gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

El espíritu de la Ley de 1981, que equiparó los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, nada tiene que ver con el caso pues la generación dentro o fuera del matrimonio produce idéntico fruto, los hijos, y la misma relación paternofilial.

Que el Código Penal contemple relaciones de análoga relación de afectividad al matrimonio (arts. 11 y 18) no incide en el presente caso ni tampoco son contempladas por la ley penal en toda clase de situaciones (*vid.* el delito de abandono del hogar).

La inaplicación de los efectos legales de una institución como el matrimonio a los no ligados por vínculo en modo alguno contraría el art. 14 de la

Constitución, pues sólo es vulnerado cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable, y tales requisitos en modo alguno concurren en la situación que se denuncia. (STS de 27 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—Por la parte actora se formula demanda en la que, al amparo de vínculo análogo al matrimonio, se insta la disolución de sociedad de gananciales por muerte de uno de los componentes de un «pareja estable». El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (P.J.F.L.).

II. DERECHO MERCANTIL

39. Compraventa mercantil. Saneamiento por vicios ocultos. Caducidad de la acción.—El contrato de suministro del caso de autos merece la calificación de compraventa mercantil, extremo en el que no hay desacuerdo entre las partes, y se desprende, asimismo, que la reclamación indemnizatoria de los presuntos daños y perjuicios ocasionados debe enmarcarse como un supuesto de saneamiento por vicios o defectos internos u ocultos de la mercancía objeto de suministro, en vez de un supuesto de entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*), conclusión la indicada que es acorde con la mantenida por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones y con los razonamientos formulados en las sentencias recaídas en primera y segunda instancia.

Resulta evidente, por tanto, que la viabilidad o no de la acción ejercitada en punto al resarcimiento de los daños y perjuicios de referencia, habrá de depender de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 342 y 1490 de los Códigos de Comercio y Civil, respectivamente, sobre los cuales, la primera cuestión a determinar es la concreción del momento inicial del cómputo para el ejercicio de la acción edilicia, y al respecto, no parece que ofrezca duda alguna, a tenor del texto de los precitados artículos, que la fecha inicial debería coincidir con la correspondiente a la entrega del último suministro, o todo lo más, la fecha en que la sociedad compradora «puso en conocimiento de la vendedora las divergencias de cualidades entre el producto requerido y el suministrado», y en cuanto al momento final, deberá atenderse, necesariamente, a la fecha en que se instó la reclamación judicial, lo que tuvo lugar a través de la presentación de la demanda reconvenzional, y de aquí, que resulta no menos evidente que el tiempo transcurrido entre las fechas indicadas, fue superior, no ya al de los treinta días que preconiza el art. 342 del Código mercantil, sino al de los seis meses que propugna el art. 1490 del Civil.

Respecto a si el plazo antes mencionado debe estimarse de prescripción o de caducidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido sosteniendo criterios distintos, puesto que en épocas pasadas, una y otra, se inclinaron en favor de la prescripción, pero desde hace años el criterio imperante es favorable a la caducidad, y así, esta segunda tesis ha conformado la doctrina jurisprudencial más reciente, siendo de citar entre las sentencias partidarias de calificar el plazo como de caducidad, las de fechas 5 de julio de 1957, 6 de abril de 1967, 14 de octubre de 1968, 3 de abril de 1974, 12 de marzo de 1982, 6 de abril de 1989 y 9 de noviembre de 1990, e igualmente la aceptación de la tesis favorable a la caducidad se desprende de las siguientes otras: 9 de no-

viembre de 1968, 22 de diciembre de 1971, 5 de julio de 1975, 7 de mayo de 1981, 8 de noviembre de 1983 y 11 de marzo de 1987. (STS de 10 de marzo de 1994; ha lugar).

HECHOS.—La sociedad mercantil «Productos B., S A», en anagrama «P», promovió juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la compañía mercantil «VU, S A.», sobre reclamación de cantidad de 4.659.962 pesetas y 50.000 pesetas por daños y perjuicios, *pro ratione honoris* e intereses legales, correspondiendo el principal reclamado al importe de un suministro de «betún caucho elastómero» en el período comprendido entre los días 8 y 14 de enero de 1988, y la indemnización dicha, a los daños y perjuicios sufridos al ser rechazado por la demandada el producto.

A estas pretensiones se opuso la compañía demandada y, por vía reconvenional, solicitó la rescisión del contrato de compraventa del betún referido, imponiendo a «P» la obligación de retirar las 25 TM del producto existentes, aproximadamente, en la planta de aglomerado de «VU, S A», así como se declarase la obligación de aquélla de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el suministro del «betún elastómero» inadecuado que determinó la obligación de levantar el aglomerado extendido durante los días 13, 14 y 15 de enero de 1988 en la carretera de La Avanzada para la obra de la Diputación Foral de Vizcaya, que ascendieron a la cifra de 10.080.494 pesetas.

El Juzgado de primera instancia desestimó íntegramente las pretensiones formuladas por «P», y estimando parcialmente las ejercitadas en la reconvenición, declaró rescindido el contrato de compraventa, con la obligación de «P» de retirar las 25 TM de betún existentes en la planta de aglomerado de la demandada reconviniente. Esta sentencia fue revocada en parte por la Audiencia, en el sentido de condenar a «P» a que indemnice a «VU, S.A.» por los daños y perjuicios derivados del fresado y reposición del pavimento asfáltico. El Tribunal Supremo estima el recurso de la parte actora, casando la sentencia de la Audiencia, por considerar caducada la acción indemnizatoria de daños y perjuicios. (P.J.F.L.).

40. Compraventa de acciones de sociedades anónimas no cotizadas en Bolsa. Carácter mercantil del contrato.—El Tribunal Supremo ha reconocido en varias sentencias la naturaleza mercantil de la compraventa de acciones de sociedades anónimas no cotizadas en Bolsa y, en consecuencia, ha aplicado el régimen jurídico que le es propio, presentando éste diferencias con la compraventa civil, sobre todo debido al objeto del contrato (títulos valores). Entre ellas destacan la sentencia de 26 de noviembre de 1987, que manifiesta que: «este tipo de contrato no es sino una modalidad de la compraventa mercantil que aun estando por su objeto —títulos valores— sujetos a determinadas formalidades coincidentes con las operaciones bursátiles, no están sin embargo sometidas al especialísimo régimen regulador de las llamadas propiamente “operaciones de Bolsa”»; la sentencia de 26 de febrero de 1966 que aplica para esta clase de contrato las normas relativas a la entrega de la cosa vendida que se contienen en el Código de Comercio, aludiendo a la

especialidad que en esta materia presenta este cuerpo legal; y finalmente, a igual conclusión llega la sentencia de 4 de febrero de 1971 en la que se examina el carácter de requisito *ad solemnitatem* de la intervención en esta clase de contratos del agente colegiado, cuya función de fedatarios públicos está limitada al ámbito mercantil (art. 93 del C. Co., tanto en su anterior redacción como en la vigente dada por la Ley 19/1989 de 25 de julio).

Incongruencia de la sentencia.—De acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala «la congruencia no supone una literal y rígida conformidad a las peticiones de las partes, sino sustancial y razonable, siempre que guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la *litis*; concordancia que ha de ser extensible a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como los que lo competen o precisen o que resuelvan puntos implícitos en la controversia». (Sentencia de 21 de abril de 1988 y las que en ella se citan).

El principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 del Cc.).—Teniendo presente el principio de relatividad contractual que se proclama en el art. 1.257 de nuestro Código, las obligaciones y derechos que surgen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1.091 Cc.) o, en su defecto, se extiende a sus herederos. De tal suerte que, como regla general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento. Y por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos.

Arras penitenciales (art. 1.454 del Cc.).—Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que no cabe entender que el empleo de la palabra «señal», exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, pudiendo ser estimada, sin error como anticipo del precio; y que el contenido del art. 1.454 del Código civil no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por una voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo (STS de 28 de septiembre de 1992, entre otras).

Cláusula *rebus sic stantibus*: requisitos para su aplicación.—Es conocida la jurisprudencia del TS en relación con los requisitos necesarios para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en orden a modificar las condiciones del contrato. Conforme reitera la sentencia aquí tratada, es preciso una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de la celebración; que dé origen a una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes; y que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Como no lo son el retraso en cuatro años de la concesión de la licencia de obras de la que se hizo depender la ejecución del contrato; así como «tampoco era una circunstancia imprevisible la devaluación sufrida por la moneda que no puede calificarse de extraordinaria y cuyos efectos pudieron fácilmente ser eliminados mediante el establecimiento de cláusulas de estabilización o de intereses de demora por el aplazamiento del pago» (STS de 15 de marzo de 1994; ha lugar).

HECHOS.—El 22 de julio de 1983 los demandados-recurrentes celebraron, en su propio nombre e interés particular y además en su condición de únicos y totales accionistas de la Compañía Mercantil «Carsell, S.A.», un contrato privado de compraventa, teniendo como parte compradora a los actores ahora recurridos. En él manifiestan que reciben en este acto la cantidad de 100.000 pts. en concepto de arras o paga y señal por la compra de la totalidad de acciones de la citada mercantil, propietaria de una finca situada en la Plaza de Catalunya de la ciudad condal (siendo este el único patrimonio de la sociedad). Y a continuación pasan a detallar las condiciones de la compraventa acordada, en concreto la forma de pago del precio y la de la transmisión de las acciones de la sociedad. En relación a este último aspecto se dice expresamente que la transmisión de acciones se formalizará ante Corredor de Comercio Colegiado contra el pago del precio pactado dentro del plazo máximo de seis meses o de la concesión de la licencia municipal, si no se consiguiera en este plazo.

Interpuesta por la parte compradora de este contrato demanda de menor cuantía ante el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Sabadell contra los socios de la mercantil «Carsell, S.A.» y contra el presidente de la misma en su propio nombre y también en su calidad de representante de la compañía. Se estimó la demanda presentada, condenando a los demandados a otorgar ante Corredor de Comercio la póliza o pólizas de transmisión de todas las acciones de la citada sociedad según los términos convenidos en el contrato (con la advertencia de que tal formalización se efectuaría judicialmente en caso de negativa a llevarla a cabo). Calificando, además, el contrato como compraventa mercantil de la totalidad de acciones de la sociedad.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo casó la sentencia absolviendo de la demanda a la sociedad anónima, quedando sólo condenadas las personas físicas. (V.M.L.).

41. Cooperativas. Expulsión de socios-trabajadores. Impugnación de acuerdos sociales.—El «despido» de los cuatro Vocales del Consejo Rector, hecho individualmente, y por su propia y exclusiva decisión, por el Presidente de dicho Consejo, carece del más mínimo soporte legal, ya que la facultad de expulsión de un socio es competencia indelegable del Consejo Rector (art. 37.3.a) de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, que de forma específica, para las de Trabajo Asociado, reitera el art. 120 de la misma), siendo necesaria para su expulsión la previa remoción o revocación de sus cargos, que solamente puede ser adoptada, bajo pena de nulidad, por acuerdo de la Asamblea General. De ahí se deriva que los socios expulsados se encontraban legitimados para convocar Asamblea General. Los acuerdos por ella adoptados resultan válidos por obtener el *quorum* necesario para ello, y haber sido convocada y constituida igualmente de forma válida. (STS de 14 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—D. A. T. C., presidente del Consejo Rector de la Cooperativa COOLEX, quien unilateralmente había expulsado a los cua-

tro Vocales del Consejo que presidía, solicita que fueran anulados los diversos acuerdos adoptados por la Asamblea General, convocada por aquéllos, y cuya celebración fue notificada al demandante, quien formó parte de la referida Asamblea, junto con el resto de socios de la Cooperativa. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P.C.A.).

III. DERECHO PROCESAL

42. Exigencia constitucional de motivación de las sentencias.—Entre otras, en sentencia de 7 de marzo de 1992 se decía: «El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ y en los arts. 9.1 y 53 CE, por infracción del art. 24.1 de la misma sobre tutela judicial efectiva, en relación con su art. 120.3, sobre motivación de las sentencias. Según el art. 5.4 LOPJ, en todos los casos en que, según ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional, y aunque no se entiende la referencia al art. 9.1 salvo en el respeto a la ley por parte de los tribunales y *menos aún la del art. 53, sí es cierto que el art. 120.3 establece que las sentencias serán siempre motivadas* y ya en S. 10.4.84 estableció esta Sala que por imperativo del art. 372 LEC y 120.3 CE, la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, de que concuerda con el art. 248.3 LOPJ, que *modifica la estructura de la Ley Procesal, siquiera se ha dicho también que las sentencias civiles no necesitan una declaración específica de hechos probados (a diferencia de las penales), pues los mismos se desprenden de los fundamentos jurídicos, siendo doctrina constitucional que la motivación del pronunciamiento constituye requisito ineludible de la actividad judicial, existiendo incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto de algún punto esencial, siendo la sentencia el último acto procedimental del recurso de apelación al que llegan concatenados todos los anteriores y estableciendo el art. 238.3 que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimientos establecidas en la ley...*»

Falta de vigencia de privilegios concedidos en el concordato de 1953 entre el Estado y la Santa Sede.—En caso alguno, pues, en ninguno de tales acuerdos, que son lo que forman el actual ordenamiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, existe referencia alguna al carácter privilegiado del contenido de los susodichos arts. 24.4 y 4 del Concordato de 1953, por lo cual, no cabe pueda entenderse que, por las vicisitudes indicadas en el motivo, en cuanto a la notificación del citado «Atestamos» de 4 de noviembre de 1975, y la no actuación del Gobernador Civil de Gerona, en contra de lo así acordado, y conminando en cambio con vías de hecho su ejecución, así como a las partes interesadas puede ello determinar haberse constituido con autoridad de cosa juzgada la delimitación en cuanto a los derechos que corresponden a la Iglesia Católica, respecto a los objetos controvertidos en el litigio.

Falta de indefensión.—Aparte que no se agotaron los recursos precisos para poder considerar el acreditamiento de una irregularidad procesal, determinante de la indefensión a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.693 LEC

(en cuanto la precisión de que la infracción de esta norma, que produzca indefensión, requiere que sea pedida la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido; y que de haberlo sido en la primera instancia se reproduce en la segunda), lo que no ha acontecido, ha de agregarse que la argumentación que, asimismo, se expresa en el motivo, de que por esa inactividad del Tribunal sentenciador, en su sentencia no se ha tenido en cuenta tales documentos, tampoco es apreciable, ya que la convicción que ha emitido la Sala en su resolución recurrida, se ha integrado por el conjunto de material probatorio y documental incorporado en autos, y, sin que se demuestre que no se tuvo en cuenta la debida cumpulsa de tales documentos, incluso en su corporeidad de meras fotocopias, por lo que el motivo, como se dice, ha de rehusarse.

Vulneración de la libertad religiosa y de culto.—El pronunciamiento de la sentencia recurrida, contenido en su apartado A), 5.º, al declarar que «la plaza de la Ermita, la fuente y los caminos situados (*sic*) del perímetro de las tres fincas con excepción del denominado de Palamós, pertenecen a la actora libres de cargas y gravámenes», en su literal entendimiento vulnera esa libertad pública del art. 16.1 CE, y por tanto, habrá de corregirse en términos análogos a los fijados en la primera Sentencia del Juzgado, en su declaración 7.ª, en la idea de que susodicha «pertenencia a la actora libres de cargas y gravámenes», se subordinará a la declaración de «a salvo el derecho de acceso y uso de los fieles en cualquier tiempo libremente, con sujeción a las normas de Derecho Canónico, sin intromisión ni ingerencia de ninguna otra persona física ni jurídica y cuya materialización, en su caso, se practicará en ejecución de sentencia. (STS de 13 de mayo de 1994; ha lugar en parte).

HECHOS.—La propietaria de tres fincas demandó a La Mitra u Obispado de la Diócesis de Gerona y al Ayuntamiento de Palamós, en solicitud de diversas declaraciones, entre ellas las relativas al dominio de la primera y a la negación de la existencia de una servidumbre en favor de persona alguna, por lo que la actora tendría derecho a cerrar sus propiedades, siendo correctas las cercas y puertas o verjas de cierre actualmente existentes, igualmente se solicitaba que se declarase que la Ermita de Belloch formaba parte de una de las fincas de la actora, y que para entrar en ella los fieles del obispado deberían contar previamente con la autorización de la propietaria. La Mitra u Obispado de la Diócesis de Gerona contestó a la demanda y formuló reconvencción, solicitando, entre otros pronunciamientos, que se declarase que era propietaria de la Ermita y de la plaza sita delante de ese edificio, y que los caminos que convergían en la Ermita tenían el carácter de públicos o, subsidiariamente, que la reconviniente tenía una servidumbre de paso sobre las fincas del actor, para poder acceder a la mencionada Ermita. Por su parte, el Ayuntamiento de Palamós se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, pero haciendo la reserva de que el título de propiedad de las fincas no tiene otras cargas ni gravámenes que no sean los derivados del carácter sagrado de la Ermita incluida en una finca y la jurisdicción eclesiástica sobre ella, así como el carácter público del camino. Así mismo, admitió parcialmente la reconvencción, en coherencia con las reservas mencionadas anteriormente. Apelada la sentencia por todos los litigantes, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sen-

tencia de primera instancia, declarando la propiedad de la actora sobre las tres fincas, con excepción de la Ermita y cuya mención registral deberá cancelarse; que el camino denominado de San Juan de Palamós tenía carácter público. La actora y la reconviniente formularon recurso de casación, que fue admitido en parte, en lo que se refiere al interpuesto por la segunda, en el sentido de hacer la reserva de que, si bien la plaza de la Ermita, la fuente y los caminos —con excepción del denominado de Palamós— eran de propiedad de la actora, debía dejarse a salvo lo relativo al derecho de acceso y uso de los fieles, para garantizar la libertad religiosa y de culto. (*L.F.R.S.*)

43. Error.—El error propiamente dicho supone el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinen, «significación que se infirió de la definición de error en el Diccionario de la Real Academia, como concepto equivocado falso».

Error judicial.—La doctrina del error judicial es una construcción netamente jurisprudencial según la cual incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. Sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso.

No comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra dentro de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico (**STS de 7 de febrero de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—En ejecución de sentencia de juicio de cognición se acordó el embargo de bienes suficientes de D. Manuel R. R. La comisión del Juzgado en la ejecución del embargo no llevó a efecto la diligencia en la presencia del demandado, ni de ninguna de las demás personas relacionadas en el art. 2.682 LEC, sin comunicación de la traba a persona interesada y sin designación de depositario. Solicitada la nulidad de dicho embargo, se resolvió la misma por Auto en el que se decretaba la nulidad del embargo, pero no de la adjudicación de la furgoneta de su propiedad, que estaba en poder de un tercero.

Contra dicho Auto se interpuso recurso extraordinario de revisión, suPLICÁNDOSE se dictase sentencia estimatoria reconociendo la existencia de error judicial concediéndose una indemnización al perjudicado.

Se tramitó el procedimiento por los cauces del art. 293 LOPJ, fallando el Tribunal Supremo que debía desestimar y desestimaba la demanda de error judicial formulada.

NOTA.—El presunto error judicial impugnado era el cometido al dictarse Auto declarando la nulidad parcial. Dicho Auto, en realidad fue prudente al respetar la protección que merece un tercero de buena fe. Además, el mero hecho de no haber agotado previamente todos los recursos previstos en el ordenamiento (293.1 f. LOPJ) impide que pudiera haber prosperado el recurso, ya que no se interpuso recurso de reposición. (*J.M.T.P.*).

44. Derecho de defensa.—El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la defensa y a la bilateralidad, que, como fundamental consagra el art. 24.1 de la Constitución, contiene un mandato al legislador y al intérprete, en el sentido de promover la contradicción, resultando conculcadas cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de hacer uso de los medios legales necesarios para su defensa, correspondiendo en estos casos al órgano judicial, suplir, mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto, y muchas veces erróneo cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental (**STS de 19 de febrero de 1994**; no ha lugar).

HECHOS.—D. José A. S. y otros compraron a la «Hermandad Nuestra Señora del Carmen y Animas Benditas del Purgatorio» una casa sita en Madrid. En la escritura de venta se declaró que no constaba anterior inscripción, quedando efectivamente inscrita como la finca n.º 33.295. La Hermandad citada traía título de adquisición a los herederos de D.ª Josefina L. S. y D.ª Enriqueta L. S.

Dicha casa se encontraba arrendada a D. José B. V. y a otros, y tras la venta mediaron varios litigios arrendaticios entre los nuevos propietarios y los arrendatarios.

Dado que en realidad la nuda propiedad de la finca transmitida estaba inscrita a nombre de D.ª Enriqueta L. S. y D.ª Josefina L. S. desde 1.929, figurando en el Registro como finca n.º 836; los inquilinos demandaron a estos titulares registrales y contra los desconocidos herederos suyos, reclamando la propiedad de la finca en virtud de prescripción adquisitiva, pretensión que, tras declarar rebeldes a los demandados, fue estimada.

Interpuesto recurso de Audiencia al rebelde por D. José A. S. (los propietarios arrendadores), la Audiencia Provincial de Madrid lo resolvió declarando haber lugar a la audiencia solicitada. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Se estudió si era posible oír en rebeldía a quien no había sido demandado. Podemos considerar que la razón por la que se admitió la audiencia, fue que los recurrentes realmente sí estaban emplazados, dado que lo fueron D.ª Enriqueta L. S. y D.ª Josefina L. S. y los herederos o causahabientes de dichas señoras, considerándose como causahabien-

tes quienes a virtud de negocios jurídicos *inter vivos* habían adquirido algún derecho sobre la finca inscrita a nombre de ellas.

Además, el art. 777 LEC se refiere al demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por edictos, dándose la circunstancia de que los actores sí conocían el domicilio de los recurrentes, prueba de su mala fe. (*J.M.T.P.*)

45. Forma en que han de dictarse las sentencias. Fijación de los hechos probados: indefensión.—Si la sentencia prescinde en absoluto de la previa e ineludible fijación de los hechos que considera probados (o no probados) ha de entenderse que carece de motivación, siendo esta motivación una garantía para el justiciable, elevada a rango de derecho constitucional en el art. 120.3 de la CE y acorde con los arts. 369 y 372.3 de la LEC y 248.3 de la LOPJ, cuya carencia produce indefensión a la parte contra la que se pronuncia el fallo. (**STS de 7 de marzo de 1994**; ha lugar).

HECHOS.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio demandó a los copropietarios de un sótano del mismo y a la entidad mercantil que, al parecer, explotaba una discoteca en ese sótano. La acción tenía su causa en las obras que los demandados habían realizado sin autorización de la Comunidad y que, según la actora, afectaban, muchas de ellas, a los elementos comunes del inmueble. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda sin hacer, en ambas sentencias, una fijación de los hechos considerados como probados. La actora recurrió en casación y el TS lo admite y declara la nulidad de lo actuado en el recurso de apelación partir de la celebración de la vista, que también anula. (*I.D.L.*)

46. Litisconsorcio pasivo necesario de todos lo contratantes cuando en el litigio haya de decidirse sobre la nulidad del contrato.—Si bien es cierto que la inexistencia o nulidad radical de un contrato opera *ipso iure*, de forma automática y puede ser declarada de oficio por los Tribunales, sin petición expresa de parte (SS de 27 de mayo de 1949, 29 de octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983), no lo es menos que para tal declaración han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en su celebración o sus sucesores o causahabientes, pues nadie puede ser condenado sin ser oído, salvo que la nulidad por violación de un precepto legal sea clara y patente (SS de 7 de marzo de 1972 y 5 de abril de 1986), encontrándose todos los intervinientes en el contrato nulo ligados por un litisconsorcio pasivo necesario.

En caso de fallecimiento de un demandado solo es necesario citar a sus herederos, pero no emplazarles ni declararles en rebeldía.—Y como no era necesario nuevo emplazamiento, ni, consiguientemente, nueva declaración de rebeldía, sino tan sólo que se citase a los herederos o causahabientes del finado para que dentro del plazo que se les fijaba se personasen en los autos, según está dispuesto en el art. 9-7.º de la LEC, es llano que el precepto no fue infringido y que el Tribunal incluso se excedió en su celo.

Inexistencia de indefensión.—En el pleito se llamó a todos los interesados y se les dio la posibilidad de personarse en el mismo, con lo que el requi-

sito del litisconsorcio pasivo necesario aparece plenamente cumplido, al equivar a la personación la posibilidad de comparecer, la oportunidad que se les otorgó para hacerlo, con lo cual ninguna indefensión se ha creado.

Indivisibilidad de los documentos esgrimidos por un litigante.—Y si el Sr. Cultrera quiere acogerse al contenido de los escritos y documentos enviados por el abogado Karl Lange, no olvide que ha de aceptarlos en toda su extensión, expresando el de 31 de octubre de 1989 que D.^a Gertrud Strauss, nacida Stephan, «es heredera única de su marido Paul Alfred Strauss, fallecido el 15 de abril de 1986...», de manera que tuvo conocimiento del pleito, de que se iba a citar a los herederos (ella misma) y de que tenía que personarse por medio de Procurador, sin que tales documentos favorezcan otra tesis que no sea la de la inexistencia del contrato litigioso, en cuya fecha de otorgamiento ya se encontraba el Sr. Strauss sometido a curatela (desde el 20 de febrero de 1984).

Principio *locus regis actum*.—El perecimiento del motivo se produce con la simple cita del art. 11 del Cc., en cuanto, recogiendo el principio *locus regit actum*, señala que «las normas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen», extremo que se refuerza por el art. 9.11 del propio texto legal.

Hechos que sugieren la simulación del contrato.—Confesándose haber recibido el precio en Londres, ciudad que ninguna relación guarda con los contratantes ni con el objeto del contrato; siendo tal precio confesado en nueve millones, cuando la finca se tasó en más de ochenta; no habiendo realizado el hoy recurrente prueba alguna en orden a la validez del contrato; existiendo entre las partes relaciones de amistad y confianza; siendo fácil para el demandado la prueba de pago del precio sin que lo intentase siquiera; y existiendo en contra de los presuntos vendedores una importante responsabilidad económica, es obvio que se ajusta al principio de normalidad, a las máximas de experiencia y a la sana crítica concluir la simulación del contrato y la falta de precio cierto que exigen los arts. 1.274, 1.275, 1.276, 1.445, 1.450 y 1.500, todos del Cc., sin que las presunciones puedan confundirse con los *facta concludentia* y al corresponder a los Tribunales la opción, con arreglo a aquellas reglas no codificadas, de cual es el hecho consecuencia a obtener de los hechos base, en este caso la inexistencia de contrato, lo que, con arreglo al art. 33 de la L. Hipotecaria, no se convalida por la inscripción (en ningún caso cabe convalidar lo inexistente o la nulidad radical), por todo ello, repetimos, con la desestimación de estos motivos, ha de desestimarse el recurso en su totalidad. (STS de 14 de mayo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante presentó demanda contra sus dos deudores —casados entre sí— y un tercero que les había comprado a éstos una finca, solicitando se declarase, alternativamente, la declaración de inexistencia del contrato de compraventa o rescisión por fraude de acreedores. Sólo contestó a la demanda el comprador, pero durante la tramitación del procedimiento se constató que el marido vendedor había fallecido con anterioridad al inicio del pleito, lo que llevó al Juez a notificar por edictos a los herederos la existencia del procedimiento. La demanda fue admitida íntegramente declarándose la inexistencia del contrato por simulación absoluta. El comprador re-

currió en casación alegando falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandados también los herederos del marido vendedor, y aduciendo también que no se había probado la simulación, argumentos que fueron desestimados por el Tribunal Supremo. (L.F.R.S.).

